

# VU Research Portal

## Belangenstrijd in het insolventierecht

Wessels, B.

2008

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

Wessels, B. (2008). *Belangenstrijd in het insolventierecht*. B. Wessels.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

B.WESSELS

BELANGENSTRIJD IN HET INSOLVENTIERECHT

Rede in verkorte vorm uitgesproken op 22 februari 2008 bij het afscheid  
als hoogleraar privaatrecht  
aan de Juridische Faculteit van de Vrije Universiteit Amsterdam

© 2008 B. Wessels, Dordrecht

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder dat voorafgaande schriftelijke toestemming is verkregen. Men wende zich tot de auteur: [info@bobwessels.nl](mailto:info@bobwessels.nl).

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht Hoofddorp (Postbus 3060, 2130 KB). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de auteur te wenden: [info@bobwessels.nl](mailto:info@bobwessels.nl).

Mijnheer de rector, dames en heren,

Ik begin met een citaat: “Aan het curatorschap is ....inherent dat voortdurend tussen door de curator in aanmerking te nemen, maar onderling botsende belangen moet worden gekozen (of geschipperd)”. Met deze woorden, opgenomen in een conclusie vorig najaar, raakt Advocaat-Generaal Huydecoper een open zenuw in het Nederlandse insolventierecht.<sup>1</sup> Dagelijks worden faillissementscuratoren geconfronteerd met een strijd tussen uiteenlopende belangen van verschillende stakeholders. Daarnaast spelen andere maatschappelijke belangen een rol. Welke zijn deze belangen? Hoe ze te wegen? Op welke wijze een verantwoorde keuze te maken? Dat zijn de kernvragen die ik vandaag in mijn rede, getiteld “Belangenstrijd in het insolventierecht”, wil behandelen. Het zal duidelijk zijn dat ik in de bemeten korte tijd alleen maar het ontwerp voor een kompas kan geven.<sup>2</sup>

## 1. Het ambt van faillissementscurator

Het door Huydecoper gebruikte woord “belangen” komt overigens niet voor in de wettelijke taakomschrijving van de faillissementscurator. De curator is volgens art. 68 Faillissementswet (Fw) “belast met het beheer en de vereffening van de boedel”, terwijl de rechter-commissaris “toezicht” houdt “op het beheer en de vereffening van de failliete boedel”, aldus art. 64 Fw. De hoofdtak van de curator is dus het beheer en de vereffening van het vermogen dat aan een ander, de gefailleerde, toebehoort. Bij de vervulling van zijn taak handelt de curator niet voor zichzelf. Het is algemeen aanvaard dat hij (of zij) handelt in zijn hoedanigheid als curator ten dienste van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, terwijl de gevolgen van zijn handelingen voor rekening van de faillissementsboedel komen.

Handelt hij dan als vertegenwoordiger van de boedel? Nee, dat is niet het geval. De aanstelling als curator doet niet alleen aan hem rechten toekomen die hij tevoren niet had en welke voordien aan de gefailleerde toehoren. Hij kan bijvoorbeeld de vernietigingsactie, bekend als de actio pauliana instellen, een mogelijkheid die de gefailleerde voordien natuurlijk niet had. Door de werking van het faillissement is de gefailleerde onbevoegd tot beheer. De curator is ten aanzien van de faillissementsgoederen exclusief beheersbevoegd. Zijn beheershandelingen verklaren vanuit een vorm van vertegenwoordiging is óók onjuist omdat het aan de curator niet vrijstaat de in beginsel onbegrensde macht, waarover de gefailleerde zelf over zijn eigen vermogen kan beschikken, uit te oefenen. Een bedrijf mag vóór het faillissement in beginsel bijvoorbeeld de eigen houten stellages in een groot magazijn vernietigen. Een curator mag dat niet, omdat hij naar de hoogste opbrengst voor de boedel dient te streven en wel, bijvoorbeeld, door middel van verkoop van de aanwezige activa. Vóór zijn faillissement mag een diplomaat zijn dagboeknotities, met smakelijke details van conversaties met en affaires tussen collega's en derden, voor een hoge prijs aan een uitgever verkopen. Maar als hij failliet gaat, mag een curator dat dan ook? Zeer waarschijnlijk niet. Mr Haig, de trustee in bankruptcy van Jonathan Aitken, een voormalig junior minister in het kabinet van Mrs Thatcher die zijn baan verloor wegens vermeende corruptie, wilde Aitken's correspondentie met zijn “spiritual advisor”, met politici en met leden van

---

<sup>1</sup> Conclusie vóór HR 21 december 2007, LJN: BB9237 (een art. 81 RO zaak).

<sup>2</sup> Op onderdelen in deze rede bouw ik voort op gedachten die ik eerder heb ontwikkeld in Polak-Wessels Insolventierecht, deel IV, Bestuur en beheer na faillietverklaring, Deventer: Kluwer 2001.

het Koninklijk Huis verkopen. De geschatte waarde was 100.000 Engelse pound. In 1999 stond de Engelse rechter verkoop echter niet toe, omdat dit een “gross and repugnant invasion of privacy” zou betekenen.<sup>3</sup> In het licht van art. 8 EVRM zal een Nederlandse rechter waarschijnlijk wel eenzelfde oordeel geven; ook art. 3:12 BW kan mogelijk tot resultaat. Ik zal dat hierna toelichten. Waar het nu om gaat is dat de curator duidelijk de gefailleerde niet vertegenwoordigt.

Het overigens verwarrend in de literatuur te lezen dat met betrekking tot de boedelbestanddelen de curator de positie van de schuldenaar ‘overneemt’,<sup>4</sup> of over de ‘overgang’ van de beheers- en beschikkingsbevoegdheid op de curator.<sup>5</sup> De rechtspositie van de curator weerspiegelt niet de bundel van beheers- en beschikkingsbevoegdheden die de gerechtigde – thans gefailleerde – had. Voor de in beginsel volledige beheersvrijheid met betrekking tot het eigen vermogen is in de plaats getreden een eigen taakgebonden vrijheid van een ander, de faillissementscurator: bij de uitoefening van zijn beheerstaak dient de curator te allen tijde het handelen ten behoeve van het gezamenlijke belang van de schuldeisers als leidraad te nemen.

Handelt hij dan als vertegenwoordiger van de crediteuren? De aanstelling als curator doet aan hem tevens rechten toekomen die vóór het faillissement aan de schuldeisers toekwamen, te weten hun individuele verhaalsrechten. Het stelsel van de Faillissementswet is gebaseerd op de gedachte van een collectief gerechtelijk beslag dat ‘... de beperkte afzonderlijke beslagen in zich oplost...’,<sup>6</sup> terwijl het berust op de gedachte dat het doorzetten van de individuele verhaalsrechten van wetswege wordt vervangen door een collectieve vereffening. In dit aspect van zijn taak is de curator een gerechtelijk vereffenaar, die functioneel handelt, uitsluitend gericht op het doel om het faillissementsvermogen te vereffenen.

De beschikkings- en beheersrechten van de gerechtigde (de gefailleerde) en de verhaalsrechten van de gerechtigden (de schuldeisers) kunnen gedurende het faillissement door deze rechthebbenden niet worden uitgeoefend. Het zijn voor hen rechten in rust. Zij worden volgens een wettelijk stelsel thans, na faillissement, door een ‘bewindvoerder’ uitgeoefend. De aanstelling als curator behelst dat aan hem de beheersuitoefening over die rechten wordt toevertrouwd.<sup>7</sup> Deze zienswijze heeft me in eerdere publicaties tot de beschouwing gebracht dat de curator een ambt vervult. Hij is bij of krachtens de wet belast met werkzaamheden die hem worden opgelegd of die aan hem zijn voorbehouden. Zijn aanstelling legitimeert het ingrijpen in de vermogensrechtelijke positie van de schuldenaar en in de verhaalspositie van de schuldeisers. Zijn positie (ambt) vindt haar verklaring in het belang dat in de maatschappij wordt gehecht aan een ordelijke afwikkeling van vorderingen van schuldeisers ter delging van schulden van iemand die daartoe zelf niet in staat blijkt.

---

<sup>3</sup> Haig v. Aitken [2001] Ch. 110; [2000] W.L.R.1117; [2000] 3 All E.R. 80; [2000] B.P.I.R. 462 Ch D, waarover Fletcher, *The Law of Insolvency*, London: Sweet & Maxwell 2002, 7-016 en 8-004. Zie rechtsvergelijkend: Brown, *Property and the Insolvent “Estate”*, in: 11 *Journal of South Pacific Law* 2007, p. 89, in het bijzonder p. 103 e.v. Ik zal in deze rede overigens spaarzaam zijn met rechtsvergelijkende beschouwingen.

<sup>4</sup> I.P.L. van Munster en W. Aerts, *De rol van de curator*, in: *Praktijkboek Insolventierecht 1*, Deventer: Kluwer 2005, p. 96.

<sup>5</sup> J.J. van Hees, *De integere curator*, in: I.P. Asscher-Vonk e.a., *Onderneming en integriteit. Serie Onderneming en Recht. Deel 39*, Deventer: Kluwer 2007, p. 153 e.v.

<sup>6</sup> *Memorie van Toelichting bij art. 33*, zie Van Der Feltz I (1896) I, p. 394 e.v.

<sup>7</sup> Het begrip ‘toevertrouwen’ van belangen wordt ook door de Hoge Raad benadrukt. Zie het hierna te bespreken HR 19 april 1996, NJ 1996, 727, waarin hij overweegt dat de curator niet in een contractuele betrekking staat ‘... tot degenen wier belangen aan hem in zijn hoedanigheid zijn toevertrouwd’.

## 2. Het primaat van de schuldeisers

Indien het belang van de gefailleerde contrair is aan dat van de gezamenlijke schuldeisers vloeit uit het stelsel van de Faillissementswet voort dat het belang van de schuldenaar wijkt voor dat van de gezamenlijke schuldeisers. Deze benadering wordt wel het primaat van de schuldeisers genoemd. De wettelijke taak van de curator tot beheer en vereffening richt zich op het dienen van het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Uit het stelsel van de Faillissementswet vloeit verder voort dat de curator bij het dienen van het belang van de boedel een zo hoog mogelijke boedelopbrengst nastreeft teneinde ieders vordering tot een zo hoog mogelijk bedrag te voldoen. Het (verhaals-)belang van de gezamenlijke schuldeisers is op deze wijze het best gediend, terwijl dit tevens het primaire belang van de schuldenaar dient, te weten het op een ordelijke wijze zoveel mogelijk van zijn schulden overeenkomstig de tussen de schuldeisers geldende rangorde voldaan te zien.

De wettelijke taak van de curator tot beheer en vereffening richt zich op het dienen van het belang van de gezamenlijke schuldeisers en daarbij komt hem een bepaalde discretionaire (zij het onder toezicht van de rechter-commissaris staande) ruimte toe om genoemd belang te behartigen. Het spreekt voor zich dat belangen van verschillende betrokkenen kunnen divergeren dan wel strijdig kunnen zijn in een wettelijk stelsel dat aan de curator de belangenbehartiging van de gezamenlijke schuldeisers en die van de schuldenaar toevertrouwt. De ene schuldeiser wil een contract met de failliet bij voldoende zekerheid gewoon doorzetten, de ander wil er zo snel mogelijk vanaf. De één hecht aan continuïteit van de thans failliete onderneming, de ander wil zo spoedig mogelijk geld zien of wil met een beroep op een eigendomsvoorbehoud een voor het productieproces cruciale machine terugnemen. Inherent aan de positie van faillissementscurator is dan ook een bepaalde beslissingsruimte die hem in staat stelt tot een weging te komen van soms ongelijke, ongelijksoortige en zelfs tegenstrijdige belangen.<sup>8</sup> De Hoge Raad bezigt daarbij het woord 'beleid' en 'beleidsvrijheid',<sup>9</sup> en de curator is in beginsel vrij '...zo hem dit voor de boedel voordelig voorkomt...' een bepaalde handeling te verrichten '....zonder dat een derde .... het beleid van de curator ..... kan doorkruisen.....'.<sup>10</sup> De curator is dus een gerechtelijk bewindvoerder, die q.q. onpartijdig handelt.

## 3. Belangen van maatschappelijke aard

Bij weging van belangen geldt dus als hoofdregel dat het beheer over het vermogen van de schuldenaar strekt ten behoeve van diens faillissementsschuldeisers (het zogenaamde primaat van de schuldeisers), maar dat de curator bij dat beheer ook voor de gerechtvaardigde belangen van de schuldenaar opkomt en de in zijn beheer betrokken rechten van de schuldenaar niet verder aantast dan voor een goede uitvoering van zijn taak nodig is.

---

<sup>8</sup> Voorbeelden bij Gispen, Het belang van de boedel, TvI 2005, p. 97 e.v., en Van Galen, Toezicht op de curator in faillissement, in: M.J. Kroeze e.a. (red.), Verantwoording aan Hans Beckman (Bundel Opstellen t.g.v. 25 jaar hoogleraar Erasmus Universiteit Rotterdam, Kluwer (2006), p. 173 e.v.

<sup>9</sup> Zie onder meer HR 10 mei 1985, NJ 1985, 793; HR 19 mei 1989, NJ 1989, 784; HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472; HR 27 november 1998, JOR 1999/72, nt. Kortmann; NJ 1999, 685, nt. PvS.

<sup>10</sup> Zie HR 12 mei 1989, NJ 1989, 613.

Ook een individuele schuldeiser, wiens eigen belang uiteraard van dat van de gezamenlijke verhaalsbelangen van de schuldeisers onderscheiden dient te worden, kan aan de curator voor dat eigen belang aandacht vragen. In de gevallen die aan de hierna te behandelen arresten ten grondslag liggen zijn dergelijke eigen belangen van individuele schuldeisers aan de orde.

De eerste casus speelt onder het recht van vóór 1992, maar zij heeft voor het hier besproken vraagstuk haar waarde behouden. In het kort komt zij hierop neer: de belastingontvanger heeft beslag gelegd op fiduciair overgedragen bedrijfsmiddelen, zulks met het oog op voldoening van belastingvorderingen (bodembeslag ex thans art. 22 Inv. 1990). De curator had echter al het plan opgevat het bedrijf van de failliet te verkopen, mede met het oog op het behoud van de werkgelegenheid. Met een zeer kortlopend krediet lost de curator schulden af die onderwerp van zekerheid vormden. Rechtsens vallen hierdoor (naar het recht van vóór 1992) deze bedrijfsmiddelen terug in de boedel, waarmee echter wel het bodembeslag kwam te vervallen.<sup>11</sup> Het oogmerk van de curator achter zijn handelen was ook om te bewerkstelligen dat de onderneming van de failliete vennootschap ‘going concern’ kon worden voortgezet. Met inbegrip van de bedrijfsmiddelen draagt hij de gehele onderneming over aan een andere vennootschap, die de onderneming voortzet met ongeveer de helft van de werknemers. Uit de ontvangen koopprijs lost de curator het kortlopende krediet af. De belastingontvanger, die zich door het verval van het bodembeslag nu buiten de boedel om moet verhalen, wordt met een boedel geconfronteerd, die onvoldoende is om de boedelschuldeisers te voldoen, zodat hij, ondanks zijn hoge preferentie, uiteindelijk geen uitkering ontvangt. De ontvanger meent dat de curator jegens hem een onrechtmatige daad heeft begaan. Het hof heeft onder meer geoordeeld dat de keuze van de curator, gelet op alle betrokken belangen, niet onredelijk was. De Hoge Raad gaat met dit oordeel mee:

“Het enkele feit dat de Ontvanger “alternatieve oplossingen” heeft bepleit die per saldo voor de boedel – en zeker voor de Ontvanger – voordeliger waren dan de door de curator feitelijk gerealiseerde oplossing, maakt de keuze van de curator niet onrechtmatig, al aangenomen dat achteraf met voldoende zekerheid vastgesteld kan worden welke keuze inderdaad “voordeliger” was. Met de “andere belangen” waarmee de curator hier ook rekening heeft te houden, heeft het Hof kennelijk het oog op belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid voor de werknemers die in het bedrijf van de gefailleerde Sigmacom werkzaam waren en van wie 200 in het kader van de voormelde overeenkomsten te zamen met het bedrijf van de gefailleerde door AaBe zijn overgenomen. Het oordeel dat de curator ook dit belang in zijn beleidsafweging heeft te betrekken, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.”<sup>12</sup>

Het tweede geval heeft betrekking op een door curatoren met een koper geregelde verkoop en overdracht van activa, waaronder zich garens bevinden die door derden onder eigendomsvoorbehoud aan de (thans) gefailleerde waren geleverd. De curatoren hebben de overdracht bewerkstelligt zonder de belangen van de individuele schuldeisers (de eigendomsvoorbehouders, twee Franse bedrijven, verkort aangeduid met Maclou en Prouvost) voldoende veilig te stellen. Nadat de koper failliet komt vast te staan dat Maclou en Prouvost uiteindelijk onbetaald blijven. Deze Franse eigenaren/verkopers spreken uit hoofde van onrechtmatige daad de curatoren aan. Één van hun argumenten is dat de curatoren onmiddellijk na hun aanstelling de schuldeisers schriftelijk hadden moeten benaderen en hen in de gelegenheid hadden moeten stellen hun eigendommen in de boedel te verifiëren, te inventariseren en hun rechten gedocumenteerd geldend te maken.

---

<sup>11</sup> Gesauveerd door HR 12 mei 1989, NJ 1990, 130, nt. WHH (Sigmacom I); AA 1990, p. 104 e.v., nt. Kortmann.

<sup>12</sup> Zie HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472, nt. WMK (Sigmacon II).

De Hoge Raad beslist dat de opvatting van de beide schuldeisers in haar algemeenheid niet als juist worden aanvaard:

“Opmerking verdient vooreerst dat de wet op bewindvoerders in een voorlopig verleende surséance generlei verplichting tot bekendmaking, en op de faillissementscurator slechts een verplichting tot openbare bekendmaking legt. Zulks sluit weliswaar niet uit dat een behoorlijke vervulling van hun taak kan meebrengen dat bewindvoerders en curatoren daarenboven gehouden zijn individuele schuldeisers van het voorlopig verlenen van de surséance dan wel van het uitspreken van het faillissement op de hoogte te stellen teneinde hun gelegenheid te geven hun rechten ten aanzien van door hen aan de schuldenaar geleverde en door deze niet betaalde zaken veilig te stellen. Maar òf en zo ja, op welk tijdstip zij dat behoren te doen, hangt af van de bijzonderheden van elk geval, waarbij mede in aanmerking valt te nemen dat aan de bij de wijze van beheren en vereffenen van de boedel betrokken belangen van maatschappelijke aard onder omstandigheden voorrang kan toekomen boven die van de individuele schuldeisers.”

De Hoge Raad overweegt dat in het licht van de gedingstukken het oordeel van het Hof dat de curatoren te dezen jegens Maclou en Prouvost niet in een behoorlijke vervulling van hun taak zijn tekortgeschoten niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting en ook niet onbegrijpelijk is. Met betrekking tot de vraag welke maatstaf dient te worden gehanteerd bij de beoordeling van de vraag of een faillissementscurator persoonlijk aansprakelijk is jegens derden die nadeel hebben ondervonden van de wijze waarop de curator bij het beheren en vereffenen van de failliete boedel te werk is gegaan, verwerpt de Hoge Raad in het geciteerde arrest de opvatting dat de aan een faillissementscurator te stellen zorgvuldigheidsnorm in beginsel gelijk is aan die welke geldt voor advocaten en vergelijkbare beroepsbeoefenaren:

“Deze stelling kan niet als juist worden aanvaard. Zij miskent vooreerst dat een curator, ook al beoefent hij het beroep van advocaat of een daarmee vergelijkbaar beroep, bij het vervullen van zijn taak als curator niet optreedt als beoefenaar van dat beroep. Voorts miskent die stelling dat de curator, anders dan de beoefenaar van een beroep als dat van advocaat, niet in een contractuele betrekking staat tot degenen wier belangen aan hem in zijn hoedanigheid zijn toevertrouwd, alsmede dat hij bij de uitoefening van zijn taak uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen moet behartigen en bij het nemen van zijn beslissingen - die vaak geen uitstel kunnen lijden - óók rekening behoort te houden met belangen van maatschappelijke aard. Deze bijzondere kenmerken van de taak van de curator brengen mee dat zijn eventuele persoonlijke aansprakelijkheid dient te worden getoetst aan een zorgvuldigheidsnorm die daarop is afgestemd. Deze norm komt hierop neer dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.”

Omdat het arrest van het Hof geen grond geeft voor de veronderstelling dat het Hof een andere norm zou hebben toegepast, stuit het cassatiemiddel daarop af.<sup>13</sup>

Ook op dit punt heb ik eerder stelling genomen, maar zoals wordt gezegd: ‘on revient toujours à son premier amour.’ Inmiddels heb ik het niet over de liefde, maar over rollen textiel, in de derde zaak die het tot de Hoge Raad brengt.

---

<sup>13</sup> Zie HR 19 april 1996, NJ 1996, 727, nt. WMK; JOR 1996/48, nt. Kortmann. Deze norm dat een curator behoort te handelen “zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht” accentueert de complexiteit van zijn taak en impliceert dat niet te snel geoordeeld moet worden dat onzorgvuldig gehandeld is, vergelijk ook Busch, Toezichthoudersaansprakelijkheid: de stand van zaken, VvR 2007/3, 57 e.v., mede naar aanleiding van HR 13 oktober 2006/295 (De Nederlandse Bank / Stichting Vie d’Or).



Met het faillissement van Mobell B.V., uitgesproken op 25 juni 1997, worden twee curatoren benoemd en is een afkoelingsperiode ingegaan om te onderzoeken of een doorstart van het bedrijf mogelijk is. Gedurende de loop van de afkoelingsperiode verkopen de curatoren aan een derde partij, UTB Handelsonderneming B.V., voorraden, waaronder rollen textiel, waarvan zij weten dat een ander (B.V. Interplan Import-export Woontextiel) daarop een eigendomsvoorbehoud heeft. In de overeenkomst met koper UTB wordt de clause opgenomen, dat alle voorraden van Mobell worden verkocht en geleverd “.... voor zover deze zaken geen eigendom zijn van derden, bijvoorbeeld op grond van (uitgebreide) eigendomsvoorbeholden”. UTB verkoopt vervolgens deze goederen aan derden. Interplan, eigenaar van de rollen textiel, zit met onvoldane facturen van naar huidige valuta ruim €33.000, -- en spreekt de curatoren aan.

Het hof maakt de curatoren het verwijt dat zij de belangen van Interplan als separatist hebben tekort gedaan door de aan Interplan toebehorende zaken in de feitelijke macht van koper UTB te brengen zonder zich tevoren ervan te vergewissen of Interplan daarmee instemde. De Hoge Raad overweegt dat aan de orde is een vraag van aansprakelijkheid van de curator in zijn hoedanigheid, en niet zijn privé-aansprakelijkheid: “De handelwijze van de curatoren dient derhalve getoetst te worden aan de maatstaven van art. 6:162 BW”. De gewone onrechtmatigheidsnorm vooropstellend overweegt de Hoge Raad aangaande het oordeel van het hof:

“Weliswaar kan het onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn dat een curator de voorrang geeft aan zwaarwegende, bij de wijze van beheren en vereffenen van de boedel betrokken belangen van maatschappelijke aard boven de belangen van individuele schuldeisers, waaronder separatisten, doch het hof heeft niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met zijn oordeel dat erop neerkomt dat in dit geding niets gesteld of gebleken is dat die rechtvaardiging kan opleveren. Het door de curatoren ingeroepen belang van een doelmatige afwikkeling van het faillissement, waarnaar het onderdeel verwijst, behoort, naar het hof kennelijk en terecht heeft aangenomen, in zijn algemeenheid echter niet tot de zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard als bedoeld in HR 19 april 1996, nr. 15944, NJ 1996, 727. Hiervan uitgaande heeft het hof, ....., kennelijk en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat de curatoren de afweging van de belangen van Interplan als eigenares van de zaken en die van Interplan als belanghebbende bij een voortvarende afwikkeling van het faillissement aan haar zelf hadden dienen over te laten en dat zij niet, in plaats daarvan, de zaken aan UTB uit handen mochten geven zonder haar voorafgaande toestemming. Daarom is evenmin onbegrijpelijk dat het hof in de door de curatoren met UTB gesloten overeenkomst kennelijk niet een voldoende waarborg van de belangen van Interplan heeft gezien.”

Uit de eerste twee arresten is duidelijk dat de curator bij de uitoefening van zijn taak uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen moet behartigen en bij het nemen van zijn beslissingen – die vaak geen uitstel kunnen lijden – óók rekening behoort te houden met belangen van maatschappelijke aard. Bij een behoorlijke vervulling van zijn taak kan, afhankelijk van de bijzonderheden van elk geval, aan de bij de wijze van beheren en vereffenen van de boedel betrokken belangen van maatschappelijke aard onder omstandigheden voorrang toekomen boven die van de individuele schuldeisers. Onder belangen van maatschappelijke aard vallen de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid voor de werknemers in het bedrijf van de gefailleerde. Omdat De Hoge Raad “zoals” gebruikt, kunnen dat ook andere belangen zijn, zij het – uit de tekst dan wel de context van de geciteerde overweging vloeit dit voort – voor zover deze belangen bij de wijze van beheren en vereffenen van de boedel betrokken zijn.

Ik begrijp de verwijzing van de ‘rechtvaardiging’ die gelegen kan zijn in zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard (waartoe het belang van een

doelmatige afwikkeling van het faillissement ‘in zijn algemeenheid’ echter niet behoort) als een verwijzing naar de rechtvaardingsgrond bedoeld in art. 6:162 lid 2 BW, welke het onrechtmatigheidskarakter van de daad wegneemt, zij het dat de maatstaven van art. 6:162 BW worden geconcretiseerd met de Maclou-maatstaf.

In het Mobell-arrest uit 2003 is het woord “zwaarwegend” nieuw vergeleken met de eerder vermelde arresten: het kan onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn dat een curator de voorrang geeft aan zwaarwegende, bij de wijze van beheren en vereffenen van de boedel betrokken belangen van maatschappelijke aard boven de belangen van individuele schuldeisers.<sup>14</sup> Het gebruik van de aanduiding “zwaarwegende” wijst volgens Keirse en Verstijlen waarschijnlijk op een terughoudender benadering ten aanzien van het gewicht van bepaalde maatschappelijke belangen.<sup>15</sup> Ik maak hier twee opmerkingen bij.

De laatste jaren instrueert de Hoge Raad (in al dan niet verholde termen) terughoudendheid te betrachten ten aanzien van de toepassing van bepaalde regels of leerstukken. Elders<sup>16</sup> heb ik aangegeven dat de Hoge Raad in enkele arresten terughoudendheid wenst te betrachten bij de toepassing van diepgewortelde civielrechtelijke principes, zoals: (i) het beginsel dat een schuldeiser in beginsel vrij is een aanbod (aangeboden kwijtscheldingsakkoord) te weigeren, (ii) het beginsel dat iemand vrij is contractsonderhandelingen af te breken en (iii) het in het aansprakelijkheidsrecht geldende uitgangspunt dat een ieder in beginsel alleen voor zijn eigen daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden. Het Mobell-arrest zou van deze tendens als voorbode kunnen worden gezien: terughoudendheid bij het door de curator voorrang geven aan “zwaarwegende, bij de wijze van beheren en vereffenen van de boedel betrokken belangen van maatschappelijke aard boven de belangen van individuele schuldeisers.”

De tweede opmerking betreft de context van het leerstuk van de onrechtmatige daad, waarin de casus speelt. Het woord “zwaarwegende” heeft daarin een eigen betekenis. In art. 6:168 BW wordt bepaald dat de rechter een vordering die strekt tot het verbod van een onrechtmatige gedraging afwijzen op de grond dat deze gedraging “op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen” behoort te worden geduld.<sup>17</sup> Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat voor de meer specifieke term “zwaarwegend” is gekozen onder meer “... om te bevorderen dat de rechter er zich rekenschap van geeft en in zijn uitspraak tot uiting brengt welke concrete belangen hij in het gegeven geval doorslaggevend heeft geacht”. Deze betekenis lijkt voor het mij vandaag bezig houdende vraagstuk bruikbaar. Zij brengt met zich dat de curator duidelijk de feiten waarop hij zijn beleid baseert stelt en zonodig bewijst, de aan de orde zijnde belangen expliciteert en er blijk van

---

<sup>14</sup> Een recent voorbeeld van de Mobell-benadering biedt Rb. 's-Hertogenbosch 9 februari 2007, JOR 2007/127, dat een art. 69 verzoek ongegrond verklaart. Naar het oordeel van de rechtbank: (i) heeft de r-c op goede gronden geconcludeerd dat hetgeen namens verzoeker naar voren is gebracht geen, althans onvoldoende aanleiding geeft om te twijfelen aan de juistheid van de uitvoerig gemotiveerde conclusies die de Curator op grond van het verrichte onderzoek heeft getrokken omtrent de rechtsgeldigheid van de zekerheden en de onaantastbaarheid daarvan, (ii) heeft de Curator zich met recht op het standpunt gesteld dat het op kosten van de boedel initiëren van nog verderstrekkend onderzoek naar de rechtsgeldigheid en/of de onaantastbaarheid van de zekerheidsrechten voorshands niet aangewezen is, en (iii) heeft de rechter-commissaris terecht geconcludeerd “dat – in aanmerking genomen de crediteursbelangen en werkgelegenheidsbelangen die in het geding zijn – er onvoldoende zwaarwegende gronden naar voren zijn gebracht om de Curator van de ingezette koers te doen afwijken”.

<sup>15</sup> Keirse en Verstijlen, NTBR 2004, p. 401 e.v., die ingaan op ‘het belang van een doelmatige afwikkeling van het faillissement’.

<sup>16</sup> Wessels, Toerekening van kennis van een adviseur aan de cliënt, WPNR 6659-6660 (2006).

<sup>17</sup> In zo’n geval behoudt de benadeelde zijn recht op schadevergoeding.

geeft deze te hebben gewogen en, tenslotte aangeeft waarom de weging zo uitvalt als hij heeft beslist.

#### 4. Vermogensrechtelijke dimensie van belangen van maatschappelijke aard

Vóór ik inga op de vraag naar de insolventierechtelijke reikwijdte en betekenis van ‘belangen van maatschappelijke aard’ en de vraag hoe de curator deze kan onderkennen wil ik eerst de vermogensrechtelijk context benadrukken waarin deze belangen tot haar recht dienen te komen. Met het faillissement wordt de rechtspositie van alle betrokkenen bij het faillissement onveranderlijk. Hun rechten worden onveranderlijk of – zoals de Hoge Raad het ook uitdrukt – gefixeerd.<sup>18</sup> De schuldenaar verliest zijn beheers- en beschikkingsbevoegdheid, art. 23 Fw. Hij kan de boedel niet aansprakelijk doen zijn voor ná faillietverklaring ontstane schulden, art. 24 Fw. Voor schuldeisers geldt dat een reeds ingezette individuele gerechtelijke tenuitvoerlegging met de faillietverklaring dadelijk eindigt en dat individueel gelegde beslagen vervallen (art. 33 Fw). De wet heeft geen verdere strekking dan het bieden van een overzichtelijke procedure voor een ordelijke en collectieve verhaalsmethodiek. Hieruit vloeit voort dat de Faillissementswet zich ook alleen maar richt op het collectieve verhaalsbelang van de schuldeisers. De wet snijdt in beginsel de bestaande rechtsverhoudingen, die onderworpen zijn aan eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en art. 6:248 BW) niet door. Die verhoudingen bestaan en blijven bestaan tussen de schuldenaar en de schuldeisers.<sup>19</sup>

De idee van het voortbestaan van de bestaande rechtsverhouding tussen schuldenaar en schuldeisers is door het voormalige lid van de Hoge Raad Dubbink onderkend. Het brengt zijns inziens voor de situatie ná faillissement met zich dat een curator bij zijn handelen mede met het oog op belangen van maatschappelijk aard niet als ‘behoeder’ van die belangen optreedt, maar dat hij dient te handelen in overeenstemming met de zorgvuldigheid die ook van de gezamenlijke schuldeisers mag worden verwacht.<sup>20</sup> Ook Snijders<sup>21</sup> stelt dat het in wezen gaat om een zorgvuldigheidsverplichting van een individuele schuldeiser die zich heeft te onthouden van opportunistisch gedrag ten detrimente van wat voor de gezamenlijke betrokkenen uit maatschappelijk oogpunt de beste oplossing is. Bij de hantering van het uitgangspunt ‘..... dat de curator bij de behartiging van de belangen van de schuldeisers mede rekening heeft te houden met andere belangen die ook door deze schuldeisers zelf moeten worden gerespecteerd’ is het volgens Snijders mogelijk tot een uitleg van de Faillissementswet te komen die is aangepast aan de huidige maatschappelijke opvattingen zonder dat men met het stelsel van de wet in strijd komt. Ik wijs tenslotte op een passage van Meijers, die zich opmerkelijk genoeg zelden met insolventievraagstukken heeft beziggehouden, in zijn *Algemene Begrippen*. Bij de behandeling van de vraag of de failliete boedel een rechtspersoon vormt steunt Meijers zijn negatieve beantwoording van die vraag op de zienswijze dat:

“..... de goederen de belangen van de gefailleerde en die van de schuldeisers op gelijke wijze blijven dienen als dit vóór het faillissement het geval was; het voldoen van de schulden is ook het belang van de schuldenaar; tot de voldoening der schuldeisers is dan ook de gefailleerde, evenals buiten het faillissement, eigenaar van de goederen, al hebben

---

<sup>18</sup> Zie onder meer HR 18 december 1987, NJ 1988, 340 en HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471.

<sup>19</sup> Zij bestaan ook tussen schuldeisers onderling, zie Wessels Insolventierecht IV, par. 4167 e.v.

<sup>20</sup> Vergelijk Dubbink, TvI 1997, p. 18 (congresverslag).

<sup>21</sup> Snijders, *Concursus creditorum en de verdelende rechtvaardigheid*, in: Hesselink e.a. (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 269 e.v.

schuldeisers daarop recht van verhaal en al rust daarop het faillissementsbeslag. De curator wordt ..... als een bewindvoerder, die rekening moet houden èn met de belangen van de eigenaar-schuldenaar èn met die van een schuldeiser, beschouwd.”<sup>22</sup>

De notie dat alle betrokkenen bij het faillissement zich jegens elkaar overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid hebben te gedragen kan worden gegrond op art. 6:2 BW jo. art. 6:248 BW in verband met art. 6:216 BW.<sup>23</sup> De concrete uitwerking blijft echter een lastige, omdat verschillende (groepen van) schuldeisers uiteenlopende belangen kunnen hebben, terwijl specifieke zorgvuldigheidseisen zich pas vormen in het concrete geval, waarin een schuldenaar en een individuele schuldeiser betrokken zijn.<sup>24</sup>

In het vermogenrecht geldt dat met wat ‘redelijkheid en billijkheid’ in concrete situaties vergt rekening wordt gehouden met de gezichtspunten die art. 3:12 BW aanreikt. Deze zijn: (a) algemeen erkende rechtsbeginselen, (b) de in Nederland levende rechtsovertuigingen, en (c) de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken. Ik geef hierna aan in welk opzicht deze gezichtspunten voor het insolventierecht van betekenis kunnen zijn.

## 5. Doorwerking redelijkheid en billijkheid in het insolventierecht

---

<sup>22</sup> Meijers, Algemene leer van het Burgerlijk Recht, deel I, De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht, Leiden: Universitaire Pers 1948, p. 193.

<sup>23</sup> Vergelijk Polak-Wessels Insolventierecht IV (2001), par. 4168.

<sup>24</sup> Zie ik het goed dan is het Voorontwerp Insolventiewet, dat in November 2007 is verschenen (zie hierna) ook hechter verankerd in vermogensrechtelijke noties. Ik wijs op op de thans aan de gehele regeling van de verhaalsbenadeling (afdeling 3.2) ten grondslag liggende ratio: “een schuldeiser mag zich niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid aan de concursus onttrekken” (Zie Kortmann/Faber (red.), Geschiedenis van de Faillissementswet, Voorontwerp Insolventiewet, Serie Recht en Praktijk. Deel 2-IV, 2007 (verder ook: Gesch. Voorontwerp), p. 150) en de regeling van de bijzondere voorzieningen, welke een stille bewindvoerder aan de rechter kan verzoeken. Volgens de Toelichting op art. 7.2.3 lid 4: “..... mag het niet zo zijn dat door de gevraagde voorzieningen de belangen van andere belanghebbenden onevenredig zouden worden geschaad. Hier gaat het derhalve om een belangenafweging. In deze afweging, zo wordt beoogd, dient te worden betrokken dat de schuldenaar een (afhankelijk van de omstandigheden) aanzienlijk risico loopt om, indien geen regeling tot stand komt, insolvent te worden verklaard. In dit gegeven kan naar het oordeel van de commissie grond worden gevonden om aan een onverkort vasthouden door een schuldeiser aan diens bedongen en wettelijke rechten een grens te stellen, niet alleen in het belang van de schuldenaar maar ook in het belang van de andere schuldeisers die bij insolventie in veel gevallen ook slechter af kunnen zijn dan bij een regeling buiten insolventie. Waar de formulering van lid 4 (“de belangen van andere belanghebbenden door de voorzieningen onevenredig zouden worden geschaad”; Wess.) de gedachte zou kunnen doen postvatten dat daaraan een bijzondere, van artikel 3:13 BW afwijkende, maatstaf ten grondslag ligt voor de wijze waarop een schuldeiser gebruik kan maken van zijn bevoegdheden, dient benadrukt te worden dat door de samenhang met de rest van de bepaling, met name lid 2, in feite slechts sprake is van een accentverschil. In het algemeen immers kan een schuldeiser zijn bevoegdheden naar eigen inzicht uitoefenen, behoudens de in artikel 3:13 geformuleerde grens waarbij hij, gezien de onevenredigheid tussen zijn belang bij de (aldus) uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, in redelijkheid niet tot die uitoefening kan komen. Waar evenwel betalingsmoeilijkheden zo groot zijn dat insolventie dreigt, en zeker als daardoor de eerste levensbehoeften van de schuldenaar in het gedrang dreigen te komen, zal van de schuldeiser niet slechts een grotere zorgvuldigheid mogen worden verwacht, maar ook een daadwerkelijk rekening houden met de gevolgen van zijn optreden voor de schuldenaar en de overige betrokkenen. Waar hij tijdens insolventie zijn bevoegdheden niet mag benutten om een betere positie in te nemen dan de andere schuldeisers, kan van hem ook in het zicht van insolventie – indien noodzakelijk – een zekere terughoudendheid worden gevergd.” Zie Gesch. Voorontwerp, p. 403. Ik teken dat mijn kanttekeningen bij het Voorontwerp op persoonlijke titel worden gemaakt.

Waar nu speelt het vermogensrechtelijke begrip redelijkheid en billijkheid een rol bij de belangenafweging die de curator maakt? Verstijlen heeft ten aanzien van de eerste twee arresten duidelijk gemaakt dat door de curator een beleidsafweging plaatsvindt, waarbij ‘belangen van maatschappelijke aard’ niet direct tegen het belang van de gezamenlijke schuldeisers (het primaat van de schuldeisers), maar juist tegen het belang van een individuele schuldeiser wordt afgewogen.<sup>25</sup> Het betreft dan een buiten het beheer van de boedel vallend recht of belang (bijvoorbeeld in de hierboven aangehaalde arresten: belang van belastingontvanger, gemoeid met bodembeslag; belang van degene die eigendomsvoorbehoud inroept). Alleen in het kader van die weging mag de curator een belang van maatschappelijke aard laten prevaleren. De mogelijkheid dat het belang van maatschappelijke aard afgewogen dient te worden tegen en mogelijk zelfs zou prevaleren boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers was in beide arresten niet aan de orde.<sup>26</sup> Dat de strijd alleen plaats vindt tussen het belang van maatschappelijke aard versus het belang van de individuele schuldeiser wordt thans algemeen in de literatuur aanvaard.<sup>27</sup>

Welke belangen kunnen gelden als ‘belangen van maatschappelijke aard’? De continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid zijn volgens de Hoge Raad dergelijke belangen.<sup>28</sup> In de literatuur worden elementen genoemd die met deze continuïteit samenhangen, zoals het belang van het tegengaan van kapitaal- en knowhowvernietiging, maar ook het belang van het behoud van industrieel erfgoed<sup>29</sup>, het belang van het milieu of het behoud van een waardevolle regionale traditie e.d.<sup>30</sup> Kunnen de gezichtspunten uit art. 3:12 BW hier nader hulp bieden? Ik haalde deze hiervoor al aan: (a) algemeen erkende rechtsbeginselen, (b) de in Nederland levende rechtsovertuigingen, en (c) de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken. Welke is hun betekenis in het insolventierecht?

Ik stel voorop dat de aangereikte noties vaag zijn<sup>31</sup> en dat hun onderlinge verhouding niet duidelijk is.<sup>32</sup> Bij “algemeen erkende rechtsbeginselen” valt

---

<sup>25</sup> Verstijlen, De faillissementscurator, diss. (1998), 155 e.v.; Verstijlen, ‘De curator als maatschappelijk werker’, in: S.C.J.J. Kortmann en T.H.D. Struycken, *Privaatrecht in de 21<sup>e</sup> eeuw. Herijking van het faillissementsrecht*; Serie Justitie 200 jaar Oprechte koers: Deventer, Kluwer: 1999, p. 13 e.v.

<sup>26</sup> Van Hees acht het niet uitgesloten dat belangen van maatschappelijke aard het primaat van de schuldeisers geheel zal verdringen, zie Van Hees, Het doel van het faillissement en de taak van de curator, TvI 2004, p. 200 e.v., alsmede Van Hees, De faillissementscurator, AA 2007, p. 620 e.v. Alleen een wetwijziging kan voor een degelijke, ruime mogelijkheid steun bieden, zie Wessels, TvI 1996, p. 115; Wessels, Ned. Stcrt. 28 oktober 1996, nr. 208; in deze zin ook bijvoorbeeld Verstijlen, diss. (1998), p. 153 e.v.

<sup>27</sup> Zie, met verdere verwijzingen: Polak-Wessels, *Insolventierecht IV* (2001), par. 4223; Van der Aa, De afkoelingsperiode in het faillissement, diss. Groningen (2007), p. 27 e.v.; Huydecoper, a.w. (2007), p. 2 e.v.

<sup>28</sup> HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472 (Sigmacon II), hiervoor aangehaald.

<sup>29</sup> Wessels, Bescherming van Fokker erfgoed als maatschappelijk belang?, TvI 1997, p. 169 e.v. Te denken valt aan nog aanwezige, met oud materieel vervaardigde producten of dit materieel zelf, zoals stoom- of weefmachines en hijswerktuigen.

<sup>30</sup> Vergelijk Huydecoper, Andere zwaarwegende belangen, in: M.L.S. Kalff, R. Mulder en S.H. de Ranitz, *De Integere Curator. Insolad Jaarboek 2007*, Deventer: Kluwer, 2007, p. 2 (met verdere verwijzingen).

<sup>31</sup> Zie aangaande de “democratische legitimatie” van het ongeschreven recht in art. 3:12 BW: Vriesendorp en Barendrecht, *Zekerheid door wetenschap*, redes Tilburg, 1993, p. 41 e.v.

<sup>32</sup> Vergelijk Dubbink, WPNR 5963-5964 (1990), die niet zonder reden de steun die deze gezichtspunten bieden beperkt noemt (‘...omdat de gezichtspunten niet exclusief en bovendien vaag van aard zijn, terwijl ze elkaar kunnen tegenspreken’). Vergelijk Van der Wiel, diss. (2004), p. 193 e.v., over betekenis art. 3:12 BW voor de nadere inhoudsbepaling van het begrip “goede procesorde”.

volgens de parlementaire geschiedenis te denken aan juridische relevante noties die in het bijzonder in de kring van personen waarin een geval zich afspeelt van betekenis zijn, bijvoorbeeld bepaalde beroeps- of bedrijfsgenoten.<sup>33</sup> Anderen zijn echter van mening dat een binnen een kring levende rechtsovertuiging uitsluitend voor de leden van die kring zelf de redelijkheid en billijkheid inhoud kan geven.<sup>34</sup> Deze factor, mocht zij een rol spelen, noopt overigens tot een onderzoek of binnen de kring waarin de gefailleerde debiteur zich bevindt (de kringen van bollenboeren, transporteurs, uitzendbureaus e.t.q.) dergelijke beginselen (en wellicht zorgplichten) bestaan.<sup>35</sup>

Bij de tweede groep gezichtspunten, de in Nederland (en dus ook bij niet-Nederlanders)<sup>36</sup> levende overtuigingen, betrek ik (morele) verplichtingen of verwachtingen die bestaan tussen schuldeisers en hun schuldenaar, die bijvoorbeeld een Indonesische toko, een Turkse slagerij of een Pools hier te lande werkzaam aannemingsbedrijf is. Voor de vaststelling van de inhoud van deze in Nederland levende rechtsovertuigingen valt in dit verband ook betekenis toe te kennen aan hetgeen een toezichthoudend orgaan tussen deelnemers in een markt heeft uitgesproken<sup>37</sup> of aan hetgeen een bepaalde (ethisch) gedragscode van bepaalde marktdeelnemers vergt.<sup>38</sup>

Bij de derde categorie van gezichtspunten – de maatschappelijke (en persoonlijke) belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken – zou kunnen worden gedacht aan het belang van de openbare orde<sup>39</sup> en het door de overheid te behartigen algemeen belang.<sup>40</sup> Een persoonlijk belang zou kunnen zijn de bijzondere verbondenheid van een zaak of goed aan een persoon, hetgeen ook een financieel niet veel omvattende, maar waardevolle verzameling van historische bedrijfsmachines of kenmerkende foto's van een gefailleerd bedrijf kan zijn.

Toegespits op het insolventierecht meen ik dat bij “algemeen erkende rechtsbeginselen” kan worden gedacht aan zorgplichten die in bepaalde kringen jegens een wederpartij in acht dienen te worden genomen. Ook kan men denken aan de horizontale werking van grondrechten, waarbij het niet uitgesloten is dat sociale grondrechten als maatschappelijke belangen in de weging kunnen worden

---

<sup>33</sup> Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1036.

<sup>34</sup> Dubbink, WPNR 5963-5964 (1990).

<sup>35</sup> In navolging van Wissink, Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht, diss. Leiden, 2001, nr. 263, en Snijders, Beperkende werking van redelijkheid en billijkheid: de Europese dimensie, in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht, Serie Onderneming en Recht, deel 42-I, Deventer: Kluwer 2007, p. 451 e.v., kunnen onder algemeen erkende rechtsbeginselen ook worden begrepen Europese rechtsbeginselen, zoals het beginsel van gemeenschapstrouw (art. 10 EG-Verdrag).

<sup>36</sup> Parl. Gesch. Boek (Inv. 3, 5 en 6), p. 1037.

<sup>37</sup> Aldus ten aanzien van de schadeverzekeringsmarkt, expliciet verwijzend naar art. 3:12 BW, HR 12 januari 1996, NJ 1996, 683, nt. MMM (Kroymans/Sun Alliance).

<sup>38</sup> Zie de ABN Amro-La Salle beschikking van HR 14 september 2007, JOR 2007/178, nt. Nieuwe Weme, NJ 2007, 434, nt. Ma, waarin de Hoge Raad verwijst naar “de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging zoals deze onder meer tot uiting komt in de Nederlandse corporate governance code (Stcrt. 27 december 2004, nr. 250, p. 35, verder: de code-Tabaksblat), in het bijzonder de principes II en IV, welke rechtsovertuiging mede inhoud geeft aan (i) de eisen van redelijkheid en billijkheid naar welke volgens art. 2:8 BW degenen die krachtens de wet of de statuten bij de vennootschap zijn betrokken zich jegens elkaar moeten gedragen, en aan (ii) de eisen die voortvloeien uit een behoorlijke taakvervulling waartoe elke bestuurder ingevolge art. 2:9 BW gehouden is.”

<sup>39</sup> Mon. Nieuw BW B-32b (Streefkerk), nr. 23.

<sup>40</sup> Kluin, Overeenkomsten tussen overheden, diss. Nijmegen (1994), p. 102.

betrokken.<sup>41</sup> Voorts kan worden gedacht aan een rechtsovertuiging die niet tot een regelmatig gevolgde gedragslijn hoeft te leiden<sup>42</sup>, zoals bij onderdelen uit de Praktijkregels voor Curatoren 2005 het geval is.<sup>43</sup>

In de categorie van de in Nederland levende rechtsovertuigingen valt te wijzen op de betekenis van hetgeen een toezichthoudend orgaan tussen deelnemers in een markt heeft uitgesproken, aan hetgeen een bepaalde gedragscode van bepaalde marktdeelnemers vergt of de zich wijzigende opvattingen ten faveure van de wenselijkheid om in financiële problemen verkerende bedrijven te redden.<sup>44</sup>

Bij de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken valt te denken aan het maatschappelijk belang van opsporing van

---

<sup>41</sup> Vergelijk Asser-Hartkamp 4-II (2005), nr. 45a e.v. Hierop doelde ik met de verwijzing naar art. 3:12 bij het hiervoor behandelde geval van Haig v. Aitken [2001] Ch. 110.

<sup>42</sup> Asser-Hartkamp II, nr. 293.

<sup>43</sup> Kennelijk doelde Van Hees hierop met de toen nog in ontwikkeling zijnde “best practice rules”, vergelijk Van Hees, Aansprakelijkheid van curatoren en bewindvoerders. Aan de slag met Maclou, in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt, Serie Onderneming en Recht, Deel 25, uit. Kluwer, Deventer 2003, p. 239 e.v. Sinds jaar en dag wordt in de praktijk bijna zonder uitzondering een advocaat tot curator benoemd. In de praktijk van de laatste vijftien jaren heeft telkens meer opgang gekregen iemand te benoemen die lid is van de in 1991 opgerichte Vereniging Insolventierecht Advocaten (INSOLAD). De leden van de vereniging hebben een specialisatieopleiding insolventierecht gevolgd. INSOLAD kent ‘Praktijkregels voor Curatoren’, die in september 2004 door de ledenvergadering zijn goedgekeurd. Met de vaststelling van de Praktijkregels beoogt het bestuur van Insolad de verdere professionalisering en kwaliteitsverbetering van de beroepsuitoefening door haar leden te bevorderen. De regels worden volgens hun toelichting gezien als ‘... richtinggevend. Zij vertegenwoordigen datgene wat in brede Insolad-kring als juist wordt beleefd.’ De Praktijkregels hebben uitdrukkelijk niet een bindend karakter. De vereniging kent geen vorm van sanctionering en/of handhaving van de regels. Het bestuur acht het gewenst om eerst de werking van de regels in de praktijk af te wachten. Daar waar de positie van een bewindvoerder niet fundamenteel verschilt van die van een curator meent INSOLAD dat ook bewindvoerders de Praktijkregels als richtsnoer voor hun handelen kunnen hanteren. HR 22 juni 2007, LJN: BA2511; JOR 2007/222, nt. Van Hees; NJ 2007, 520, PvS, motiveert “Los van de door het hof mede in aanmerking genomen juridische status van die praktijkregels, .....”, zulks naar aanleiding van het oordeel van Hof Leeuwarden 26 oktober 2006, JOR 2006/22, nt. Steneker, dat “de juridische reikwijdte van die regels onduidelijk is”. Zie ook Rb. Almelo 18 oktober 2006, JOR 2007/56; NJF 2007, 169, met hoger beroep bij Hof Arnhem 11 september 2007, LJN: BB8620; JOR 2007/316, nt. Bartman. Het Hof benadrukt dat de Toelichting op de Praktijkregels aangeeft dat deze een vastlegging zijn van wat in kringen van curatoren als heersende leer geldt en van de gebruikelijke normen en waarden die curatoren in hun werk toepassen, waarbij het Hof kennelijk refereert aan het bepaalde in art. 3:12 BW: “Dat acht het hof juist, maar niet juist acht het de door Tycho daaraan verbonden gevolgtrekking dat de praktijkregels gezien kunnen worden als een soort gewoonterecht en dat zij een invulling geven aan de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW. In de praktijkregels kunnen (en zullen) zeker normen voorkomen die ook als rechtens geldend moeten worden beschouwd, maar die gelding ontleen zij niet aan de praktijkregels doch aan de in de samenleving heersende rechtsopvattingen omtrent hetgeen maatschappelijk betamelijk is. Regels die door curatoren gebruikelijk worden nageleefd (wat nog niet eens noodzakelijkerwijs impliceert dat ze door curatoren ook als rechtsregels gezien worden), kunnen niet uit dien hoofde gelden als algemene rechtsregels die ook derden .... zich moeten laten tegenwerpen en waaraan ook derden (zoals bijvoorbeeld Tycho) rechten kunnen ontleen. De inhoud van de praktijkregels kan dan ook niet meer en zal soms aanmerkelijk minder zijn dan een aanwijzing voor wat een curator rechtens heeft te doen of na te laten.”

<sup>44</sup> Deze allengs zich versterkende accentuering van wat ik nu noem “rescue culture” wordt door mij aangestipt in: Wessels, Insolventierecht een functioneel rechtsgebied?, TvI 1997, p. 1 e.v. Zie verder ook Huls, Naar een economische faillissementsfilosofie, in: Justitiële verkenningen 2000, nr. 2, p. 20 e.v.; Van Apeldoorn, De curator, AA 2003, p. 703 e.v. Snijders, Van der Aa, diss. (2007), p. 29 e.v.; Huydecoper, Andere zwaarwegende belangen, in: M.L.S. Kalff, R. Mulder en S.H. de Ranitz, De Integere Curator. Insolad Jaarboek 2007, Deventer: Kluwer, 2007, p. 1 e.v. Zie expliciet ook art. 1.1.2 Voorontwerp Insolventiewet, waarop ik hierna terugkom.

(mogelijk) strafbare feiten<sup>45</sup> of het belang van een gemeente bij het tegengaan van verkrotting (belangen van volkshuisvesting)<sup>46</sup> of – met betrekking tot persoonlijke belangen – het defamerende karakter van een aansprakelijkheidsclaim wegens wanbeleid tegen een bestuurder.<sup>47</sup>

Ik zei, aan deze elementen kán bij toepassing van art. 3:12 BW worden gedacht. Óf dat het geval is kan alleen in het concrete geval worden beslist, waarbij de grens daar ligt dat dat de in acht te nemen belangen bij de wijze van beheren en vereffenen van de boedel betrokken zijn.

## 6. Aard en taak van de curator.

U merkt het, een curator heeft het lastig. De hier ontwikkelde gedachtengang vergt immers dat zal moeten worden nagegaan waaróm redelijkheid en billijkheid bepaalde eisen stellen: Zijn er algemeen erkende rechtsbeginselen? Leven er in Nederland bepaalde rechtsovertuigingen? Zijn er maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken? Ik hoor u denken: gaat dit niet veel te ver; de curator is toch geen socioloog; moet de curator dan als een soort

---

<sup>45</sup> Zie Rb. Utrecht 21 maart 2007, LJN: BA1590, die aangaande de belangenafweging overweegt: “In het onderhavige geval heeft de curator onbetwist gesteld dat politie en justitie bezig waren met een onderzoek naar [gefaillieerde], waarbij huiszoekingen op de beide adressen in Amsterdam en [woonplaats] gepland waren. De aanleiding voor dit onderzoek was volgens de curator gelegen in het feit dat er zeventien miljoen gulden verdwenen was en dat [gefaillieerde] geen helderheid gaf over de bestemming hiervan. De curator heeft aangevoerd dat hij ervan heeft afgezien om een postblokkade op het adres in [woonplaats] te verzoeken, omdat dat het risico zou hebben meegebracht dat [gefaillieerde] zijn post zou omleiden en naar elders laten sturen, hetgeen het justitieel onderzoek zou hebben geschaad. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de curator deze keuze in redelijkheid kunnen maken. De boedel had immers een groot belang bij (eventuele) opsporing van (mogelijk) verdwenen geld, vooral nu het onderzoek zich richtte op zo’n groot bedrag. Daarnaast had de curator ook rekening te houden met het maatschappelijke belang van opsporing van (mogelijke) strafbare feiten. Onder deze omstandigheden kon de curator in redelijkheid afzien van het verzoeken van een postblokkade op het adres in [woonplaats]. Van een onzorgvuldige taakvervulling door de curator is derhalve geen sprake, zodat er geen grond is om op basis van de redelijkheid en billijkheid af te wijken van het bepaalde in artikel 52 van de Faillissementswet.” De derde, diende (alsnog) ruim € 250.000 aan de curator te voldoen. In dezelfde beschikking is de vrijwaringszaak tegen de oorspronkelijke ontvanger van dit bedrag opgenomen. Hij wordt bevolen aan de derde genoemd bedrag te voldoen.

<sup>46</sup> Zie voor een voorbeeld: Rb. Rotterdam 9 november 2007, LJN: BB9250; JOR 2008/26. De rechtbank overweegt, dat “ook indien moet worden aangenomen dat het de curator niet alleen vrijstaat bij het beheer en vereffening van de boedel maatschappelijke belangen mee te wegen, maar dat hij er ook toe gehouden is daarmee rekening te houden (zoals de Gemeente onder verwijzing naar HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 (Macclou), HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472 (Sigmacon II) en HR 7 december 2001, JOR 2001/244, heeft aangevoerd), zulks nog niet met zich brengt dat het algemeen belang dat de Gemeente (mede) nastreeft kan worden betrokken bij de beoordeling van het verzoek ex art. 69 Fw: “Immers, dat algemeen belang – kort weergegeven het tegengaan van illegaal en ook overigens ongewenst gebruik van panden binnen de gemeentegrenzen, en het bestrijden van verpaupering – is niet een belang dat kan worden aangemerkt als een schuldeisersbelang waarvoor .... de tussenkomst van de rechter-commissaris op de voet van art. 69 Fw kan worden verzocht.”

<sup>47</sup> Praktijkregel 5 (aansprakelijkstelling van (ex-)bestuurders en (ex-)commissarissen) noopt een curator, die lid is van INSOLAD, in beginsel tot het, voorafgaand aan een mogelijke aansprakelijkstelling, horen van een betrokkene en tot het zich onthouden van uitspraken in het openbaar.



maatschappelijk werker optreden?<sup>48</sup> Is hij een makelaar in redelijkheid en billijkheid? En indien inderdaad art. 3:12 BW geldt, hoe kan van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht de feiten en belangen gemoeid met deze gezichtspunten kennen? Hij zal, althans op dit punt, instemmen met de woorden van voormalig minister van defensie Rumsfeld, in de Bush II administration:

“As we know,

There are known knowns.

There are things we know we know.

We also know there are known unknowns.

That is to say, we know there are some things we do not know.

But there are also unknown unknowns, the ones we don't know we don't know.”<sup>49</sup>

De curator zal daarnaast veelal niet kunnen volstaan met een opsomming van omstandigheden welke voor hem doorslaggevend zijn geweest in zijn afwegingen: hij zal voldoende inzicht moeten geven in zijn gedachtengang te dier zake.<sup>50</sup> De met art. 3:12 BW beoogde objectivering brengt met zich dat de curator inzicht biedt in zijn afwegingsproces en bij de toepassing van het klacht- of verzetrecht van schuldeisers in de art. 69 Fw-procedure jegens de rechter-commissaris zijn gedachtengang verantwoordt. Nu de gezichtspunten via redelijkheid en billijkheid verwijzen naar objectief recht vormt de wijze waarop redelijkheid en billijkheid worden toegepast, tevens een rechtsvraag die in cassatie door de Hoge Raad kan worden getoetst, terwijl de rechter verplicht is, indien de feiten daartoe aanleiding geven, ambtshalve redelijkheid en billijkheid toe te passen.<sup>51</sup>

U ziet het, het stelsel van het insolventierecht vergt veel van een curator. Kunnen we de verwijzing naar belangen van maatschappelijke aard of het werken met redelijkheid en billijkheid maar niet beter helemaal schrappen? Het beheren en vereffenen van een failliete boedel in financieel zware tijden, onder druk van roerige crediteuren met inherent tegenstrijdige belangen is toch al complex genoeg? Inderdaad, al vele jaren bestaat er een belangrijke tegenstroom die uitdrukking geeft aan de gedachte dat enige notie van redelijkheid of billijkheid aan de Faillissementswet vreemd is dan wel op voorhand reeds als in het stelsel van de Faillissementswet als ingebouwd moet worden beschouwd.<sup>52</sup> Ik noem uit het begin van de vorige eeuw Advocaat-Generaal Tak<sup>53</sup> en de latere Leidse hoogleraar en Minister van Justitie Van Oven.<sup>54</sup> Uit het vorige decennium noem ik de voormalig

---

<sup>48</sup> De benaming ontleen ik aan Verstijlen, zie Verstijlen, De curator als maatschappelijk werker, in: S.C.J.J. Kortmann en T.H.D. Struycken, *Privaatrecht in de 21<sup>e</sup> eeuw. Herijking van het faillissementsrecht*; Serie Justitie 200 jaar Oprechte koers: Deventer, Kluwer: 1999, p. 13 e.v.

<sup>49</sup> February 12, 2002, Department of Defense news briefing.

<sup>50</sup> Zie Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1036.

<sup>51</sup> Vergelijk Asser-Hartkamp 4-II (2005), nr. 302a.

<sup>52</sup> Ik vermeld het volgende voorbeeld. Aan de gefailleerde kan ‘enig huisraad’, door de rechter-commissaris aan te wijzen, worden gelaten, zie art. 175 lid 2. Art. 175 lid 2 is bij de vereenvoudigde afwikkeling van een faillissement (art. 137c lid 1 Fw) van overeenkomstige toepassing. Door de r-c deze bevoegdheid te geven ‘...volgde de wetgever de geboden der menselijkheid en der billijkheid, welke verlangen dat de vermogensexecutie niet ontaarde in een volledige uitschudding des schuldenaars’, aldus Molengraaff-Star Busmann (1951), p. 508. Zie nader Wessels *Insolventierecht VII* (2008), par. 7053 e.v.

<sup>53</sup> “.... omdat de rechter aan de wet moet gehoorzamen en haar richtige toepassing verzekeren. Zelfs al zijn de hem voorgelegde feiten in flagrante strijd met eigen rechtsgevoel en rechtsovertuiging”, conclusie vóór HR 15 mei 1925, W 11371.

<sup>54</sup> “.... tegen dergelijke opwellingen van het goede hart moet men zeer wantrouwend wezen”, zie van Oven, NJB 1934, p. 788.

rechter-commissaris Van Maanen<sup>55</sup> en oud curator Ophof.<sup>56</sup> Uit 2007 vermeld ik Advocaat-Generaal Huydecoper<sup>57</sup> en insolventie-advocaat Spinath, die zijn korte artikel in de bundel “De integere curator” met zijn conclusie begint: “Die is eenvoudig: de curator dient slechts de belangen van de schuldeisers. Hoe nobel wellicht ook, andere (maatschappelijke) belangen, die niet te vatten zijn in de rechten van schuldeisers, spelen bij de taakuitoefening van de curator geen rol”.<sup>58</sup>

De belangrijkste reden waarom deze zienswijze niet kan worden gevolgd is dat zij zich niet verdraagt met de ontwikkelingen die zich in het vermogensrecht, in het bijzonder sedert 1992, hebben voltrokken, en die hun invloed mede hebben op het insolventierecht. Het kan niet zo zijn dat een schuldeiser die vóór faillissement gebonden is aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, aan de regel dat rechtsuitoefening mede plaats vindt in het licht van gerechtvaardigde belangen van anderen of die gehouden is aan een bepaalde zorgplicht jegens zijn wederpartij enkel en alleen door het faillissement zich van deze noties niets meer behoeft aan te trekken en, met de popgroep Queen in gedachten, kan zeggen: I want my Money. I want my Money. I want it now!

Ik kom dan ook tot de volgende tussenconclusie: de behartiging van een belang van maatschappelijke aard dient plaats te vinden binnen de wettelijke context van de beleidsvrijheid die aan de curator bij de uitoefening van zijn taak toekomt. Bij zijn beleidsafwegingen kan in beginsel geen afbreuk worden gedaan aan het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Het hangt van de omstandigheden van het geval af, nader ingevuld aan de hand van de maatstaven die art. 3:12 BW biedt, of aan het eigenbelang van een individuele schuldeiser tegemoet kan worden gekomen, maar daarbij ‘.... (valt) mede in aanmerking .... te nemen dat aan de wijze van beheren en vereffenen van de boedel betrokken belangen van maatschappelijke aard onder omstandigheden voorrang kan toekomen boven die van de individuele schuldeisers.’ De verwijzing naar “belangen van maatschappelijk aard” dient te worden opgevat als een instructie aan de curator om te handelen in overeenstemming met de zorgvuldigheid die ook van de gezamenlijke schuldeisers, inclusief bedoelde individuele schuldeiser, mag worden verwacht. Hij dient bij de behartiging van de belangen van de schuldeisers mede rekening te houden met andere belangen die ook door deze schuldeisers zelf zouden moeten worden gerespecteerd.<sup>59</sup>

---

<sup>55</sup> Van Maanen, Onredelijkheid en onbillijkheid als beginselen van faillissementsrecht, Voordracht Studiekring ‘Prof. mr J. Offerhaus’, nieuwe reeks 4, 1996.

<sup>56</sup> Ophof, bespreking HR 19 april 1996, NJ 1996, 727, in: TVVS 1996, p. 204 e.v., die meent – evenals Vriesendorp, TvI 1995, p. 117 – dat werkgelegenheid een taak voor de overheid is. Vergelijk ook Van Apeldoorn, De curator, AA 2003, p. 703 e.v.: “Het is ongewenst de curator op te zadelen met het behartigen van belangen van maatschappelijk aard”.

<sup>57</sup> Huydecoper, a.w. (2007), p. 6: “In een dergelijk systeem is het ‘rekening houden’ met andere belangen (dan de belangen die in het systeem van door de Faillissementswet erkende rechten tot uitdrukking komen) slecht in te passen.”

<sup>58</sup> I. Spinath, Een alternatief: het zuivere schuldeisersbelang, in: M.L.S. Kalff, R. Mulder en S.H. de Ranitz, De Integere Curator. Insolad Jaarboek 2007, Deventer: Kluwer, 2007, p. 99 e.v.

<sup>59</sup> De Praktijkregels voor Curatoren 2005 kennen in Hoofdstuk 2 (‘Voortzetten van de onderneming door de curator’) regel 2.2., die luidt: “Indien de curator de onderneming van de gefailleerde voortzet, handelt hij met betrekking tot die voortgezette onderneming zoveel als binnen zijn taak als curator mogelijk is op een wijze zoals in de gegeven omstandigheden van een prudent ondernemer mag worden verwacht.” Regel 2.2. verlangt, volgens de Toelichting, dat als een curator aan het economisch verkeer deelneemt als ondernemer van hem mag worden verwacht dat hij zich zoveel mogelijk gedraagt als ondernemer: ‘Dat betekent onder meer dat hij er zorg voor moet dragen dat zijn administratie in orde is, dat hij tijdig belastingen en premies afdraagt, dat hij waar nodig verzekeringen afsluit enz. Het spreekt vanzelf - dat is overigens niet slechts het geval bij het voortzetten van een onderneming - dat de curator geen verplichtingen aangaat waarvan hij weet of

Ik zie de enkele scepticus denken: “Sounds good: Won’t work”.

Mijns inziens werkt art. 3:12 BW wel. Laat ik u een voorbeeld geven.

Al een aantal jaren woedt er een discussie over de vraag of een pandhouder van rechtswege recht heeft op informatie, welke door de curator zou moeten worden verstrekt. In zijn in januari van dit jaar verdedigde dissertatie trekt Verdaas de conclusie dat de tot mededeling van een stil pandrecht bevoegde pandhouder en de openbaar pandhouder een jegens de pandgever geldend te maken recht hebben “op voor de mededeling en/of de inning relevante informatie, alsmede dat dit recht deel uitmaakt, tot de inhoud behoort van het pandrecht op een vordering op naam.” In faillissement kan dit recht door de pandhouder als separatist jegens de curator worden geldend gemaakt, aangezien de wet aan de uitoefening van dat recht geen beperkingen stelt, aldus Verdaas.<sup>60</sup>

In afwijking van hetgeen eerder door mij is betoogd<sup>61</sup>, ben ik door nu ontwikkelde zienswijze tot de conclusie gekomen dat niet onder alle omstandigheden een separatist ex art. 57 lid 1 Fw aanspraak kan maken op onbelemmerde rechtsuitoefening en dus binnen de grenzen van art. 69 Fw een bevel aan de curator kan uitlokken om die boekhouding open te leggen of daarin inzage te verlenen. Wel lijkt me juist dat de behoorlijke vervulling van de taak van curator met zich brengt dat hij zelfstandig dient te oordelen of zijn wettelijke taak een dergelijke informatieplicht met zich mee kan brengen, maar of dit het geval is zo ja, op welk tijdstip hij dat behoort te doen hangt af van de bijzonderheden van elk geval. Bij een stil pandrecht heeft de pandhouder bewust voor een positie gekozen die hem onvoldoende specifieke gegevens oplevert ten aanzien van de debiteuren van de gefailleerde. In een dergelijk geval lijkt het me moeilijk verdedigbaar dat een behoorlijke taakuitoefening informatieverschaffing a la Verdaas met zich brengt.<sup>62</sup>

Ik kan ook geen algemeen erkend rechtsbeginsel of een in Nederland levende rechtsovertuiging aanwijzen die in dat specifieke geval daartoe zou nopen. Die overtuiging is eerder dat waar belbewust door een profesional een risico wordt genomen, hij zelf op de blaren moet zitten. Daarentegen brengen art. 68 Fw jo. art. 3:12 BW in combinatie met art. 7.1 van de Praktijkregels 2005 (“De curator respecteert de eigendomsrechten van derden op zaken die zich in de boedel bevinden (...)”) met zich dat de curator te allen tijde de eigenaar, die een eigendomsvoorbehoud heeft gemaakt, maar een vordering indient, omtrent diens eigendomspositie inlicht.<sup>63</sup>

## 7. Drie vragen op het terrein van het privaatrecht en het bestuursrecht

Ik kwalificeerde aan het begin van mijn rede de vervulling van de taak als curator als de vervulling van een ambt. Omdat het vernieuwde onderzoeksprogramma van de afdeling privaatrecht van de faculteit, onder de noemer: Publieke doelen-private belangen, osmose-verschijnselen van privaatrecht en bestuursrecht wil bestuderen, lever ik op de valreep nog een bijdrage – naar ik hoop – met een drietal onderzoeksvragen:

---

behoort te weten dat hij ze niet zal kunnen nakomen.’ Een verwijzing naar het rekening houden met belangen welke de schuldeisers ook jegens de schuldenaar hebben in acht te nemen ontbreekt.

<sup>60</sup> Verdaas, Stil pandrecht op vorderingen op naam, diss. Nijmegen, 2008, p. 205 e.v.

<sup>61</sup> Wessels Insolventierecht III (2007), par. 3451

<sup>62</sup> Ik stem in met de beschouwing van Verstijlen, TvI 2007, p. 161 naar aanleiding van HR 22 juni 2007, LJN: BA2511; JOR 2007, 222, nt. Van Hees; NJ 2007, 520, nt. PvS; Verdaas, NTBR 2007, 417 e.v.; Bartels, AA 2007, p. 972 e.v.

<sup>63</sup> Zo ook Van Andel, annotatie onder de JOR-vindplaats van Hof 's-Gravenhage 25 september 2007, LJN: BB7602; JOR 2007/287; RI 2007, 24.

1. Is de faillissementscurator een bestuursorgaan als bedoeld in art. 1:1 Awb?
2. Welke betekenis komt toe aan de wettelijke vormgeving en het statutaire doel van de door de regering voorgestelde maatschappelijke onderneming bij toepassing van het insolventierecht?
3. Voor welke keuzen komt de wetgever te staan om de belangenstrijd in het insolventierecht in goede banen te leiden?

#### 7.1. De publieke taak van de curator

Is de curator een bestuursorgaan? Het heeft er allen schijn van. De aanstelling als curator bij rechterlijk vonnis behelst immers dat hij krachtens de wet is belast met werkzaamheden die hem bij wet worden opgelegd en die exclusief aan hem zijn voorbehouden. Zijn aanstelling legitimeert het ingrijpen in de vermogensrechtelijke positie van de schuldenaar en in de (voorlopige opschorting van) verhaalsbelangen van de schuldeisers. Ook in de literatuur wordt de publieke taak van de faillissementscurator onderkend. Ik verwijs naar de bewerking van het handboek van M. Polak door N.J. Polak,<sup>64</sup> en de opvattingen van voormalig INSOLAD-voorzitter Aerts<sup>65</sup>, de huidige Advocaat-Generaal Asser<sup>66</sup>, de Leidse docente De Boer<sup>67</sup> en recent nog insolventierecht-advocaat Van Andel<sup>68</sup> en mevrouw Reumers in haar dissertatie over samengevoegde afwikkeling van faillissementen.<sup>69</sup>

Is de curator een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 lid 1 onderdeel b Awb ('Onder bestuursorgaan wordt verstaan .....b. een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed')? Onder een met 'openbaar gezag' bekleed lichaam wordt in de parlementaire geschiedenis<sup>70</sup> de publiekrechtelijke bevoegdheid verstaan tot het eenzijdig bepalen van de rechtspositie (de rechten en/of de verplichtingen) van andere rechtssubjecten. Het element 'publiekrechtelijk' heeft betrekking op de eis van een wettelijke grondslag. Wordt het eenzijdige ingrijpen aan een rechtsverhouding ontleend (werkgever jegens een werknemer; verenigingsbestuur jegens een lid) dan wordt de positie om eenzijdig de rechtspositie te bepalen niet aan een wettelijk voorschrift, maar aan een rechtsverhouding die haar basis in de wet vindt, ontleend. Bij 'openbaar gezag' ontstaat de bevoegdheid door de enkele bevoegdheidsverklaring krachtens wettelijk voorschrift. Het functioneren als ambtsdrager van een curator hangt samen met zijn positie als gerechtelijk bewindvoerder en vereffenaar aan wie de inmenging in private rechten en de behartiging van collectieve verhaalsrechten is toevertrouwd.

---

<sup>64</sup> Polak-Polak, Faillissement en Surséance van betaling, Groningen: Wolters Noordhoff (1972), p. 219: 'Het faillissement en de daaraan verbonden aanstelling van een curator vormt een rechtsinstelling, aan overwegingen van openbaar belang ontleend'.

<sup>65</sup> Aerts, De curator en het tuchtrecht. Een gedragscode voor curatoren?, in: De Curator, een octopus, Serie Onderneming en Recht; Deel 6, onder redactie van S.C.J.J. Kortmann e.a., Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 329 e.v., die als 'publieke taak' van de curator onder meer noemt het '... voorkomen van chaos in een faillissementssituatie...'.  
<sup>66</sup> Asser, Mr Curator q.q. De faillissementscurator als civiele procespartij, in: De Curator, een octopus, Serie Onderneming en Recht; Deel 6, onder redactie van S.C.J.J. Kortmann e.a., Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 249 e.v., die stelt dat de faillissementscurator handelt op grond van een '... door de wet gegeven eigen bevoegdheid, welk handelen, op grond van de aard van die bevoegdheid, de gefailleerde en in een voorkomende geval de gezamenlijke schuldeisers bindt'.

<sup>67</sup> De Boer, WPNR 6589-6590 (2004).  
<sup>68</sup> Hof 's-Gravenhage 25 september 2007, LJN: BB7602; JOR 2007/287, nt. Van Andel. Zie ook Van Andel, TvI 2007, p. 126.  
<sup>69</sup> M.L.H. Reumers, Samengevoegde afwikkeling van faillissementen, diss. Rotterdam, 2007, p. 196.

<sup>70</sup> Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 27.

Het is het publieke element in dit private ambt dat deze inmenging – die van de Staat niet behoeft te worden geduld – rechtvaardigt. Daarmee is de curator nog geen bestuursorgaan, aangezien zijn bevoegdheden weliswaar zijn gebaseerd op de wet, maar worden ontleend aan de rechtsverhouding die ontstaat indien hij bij rechterlijk vonnis wordt benoemd. Zeker is dit evenwel niet. Ik wijs erop dat ten aanzien van ambtshandelingen zowel een deurwaarder (art. 2 lid 4 Gerechtsdeurwaarderswet) als een notaris een bestuursorgaan is (art. 16a Wet op het notarisambt).<sup>71</sup> Verschillende bepalingen uit de Awb zijn echter niet op deze functionarissen van toepassing.<sup>72</sup>

Tijdens de levendige discussie, enkele jaren geleden, of de notaris eigenlijk wel een bestuursorgaan is, schreef collega Zijlstra: is dat dan erg?<sup>73</sup> Inderdaad, is het bedenkelijk om een faillissementscurator als bestuursorgaan te beschouwen? Het zou betekenen dat de besluitvorming van de curator dient te voldoen aan de wezenskenmerken van een dergelijk orgaan om tot een ordelijke en zuivere besluitvorming te komen, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel, de plicht tot deugdelijke belangenafweging, de aanwezigheid van onpartijdigheid, onafhankelijkheid etc. Ik kan hiertegen weinig bezwaren inbrengen, sterker: zij komt tegemoet aan het bezwaar dat in het burgerlijk recht, evenmin als in het insolventierecht, een duidelijk motiveringsmodel, zo men wil: toetsingkader, voor het wegen van belangen voorhanden is.<sup>74</sup> Het zijn van bestuursorgaan biedt voor de praktijk tevens een mate van voorzienbaarheid van het handelen van een curator.<sup>75</sup> De wetgever heeft overigens in 2002 door toevoeging van een onderdeel i aan art. 8:4 Awb ambtshandelingen van gerechtsdeurwaarders en notarissen van beroep (en daarmee van bezwaar) uitgezonderd, omdat voor de rechtsbescherming tegen dergelijke handelingen het burgerlijk procesrecht het meest geëigend werd geacht. Naar huidige recht zou voor de curator waarschijnlijk art. 69 Fw deze bescherming moeten bieden. De bepalingen van hoofdstuk 9 van de Awb inzake het interne klachtrecht zijn echter wel op deze ambtshandelingen van toepassing. De Nationale ombudsman treedt als externe klachtinstantie op bij de behandeling van klachten over ambtshandelingen van deurwaarders en notarissen. Tegen een klachtenregeling kan naar mijn mening een professionele beroepsbeoefenaar ook amper bezwaren inbrengen.<sup>76</sup> Of de Nationale ombudsman de meest geëigende behandelaar van klachten tegen curatoren is laat ik nu even in het midden.

---

<sup>71</sup> Als bedoeld in art. 1:1 onder a Awb.

<sup>72</sup> Zie Minkjan, WPNR 6502 (2002); Minkjan en Struikma, Gerechtsdeurwaarder als bestuursorgaan, in: Executief 2003, p. 4 e.v.; Van Buuren 2007 (T&C Awb), aant. 2 bij art. 1:1. Indien een boedelnotaris q.q. bij rechterlijk vonnis wordt benoemd is sprake van een bestuursorgaan, aldus Stollenwerck, WPNR 6672 (2006).

<sup>73</sup> Zijlstra, De notaris is een bestuursorgaan. Is dat erg?, in: Van Buuren e.a., De notaris en/in het bestuursrecht, Lelystad/Den Haag: Vermande, 2001, p. 101 e.v.

<sup>74</sup> Nieuwenhuis, Hoe is begrip van burgerlijk recht mogelijk?, in: RM Themis 2007-6, p. 227 e.v.

<sup>75</sup> Het komt voor dat de curator teveel als advocaat optreedt of het “belang van de boedel” als stoplap of excuus gebruikt, vergelijk Gispén, In het belang van de boedel, TvI 2005, p. 97 e.v. Ook los van de vraag naar het zijn van bestuursorgaan kan een explicitering van de motivering van de belangenafweging aan de kwaliteit van een besluit van de curator bijdragen. Ik geef daaraan aandacht in de bijdrage “Enkele verplichtingen van de bewindvoerder”, in een medio mei 2008 verschijnende bundel in de Serie Onderneming en Recht, gewijd aan het Voorontwerp Insolventiewet.

<sup>76</sup> Onder vigeur van de regeling inzake het binnentreden van een woning (art. 93a Fw) was de curator gebonden aan een geheimhoudingsplicht ter zake van vertrouwelijke gegevens waarover hij in de woning beschikking kreeg, zulks op basis van art. 1 lid 4 Algemene wet op het binnentreden. Bij Wet van 26 april 1995, Stb. 1995, 250, is dit lid 4 vervallen en is de geheimhoudingsplicht ondergebracht in art. 2:5 Awb, dat een geheimhoudingsverplichting oplegt aan ieder die betrokken is bij de uitvoering van de taak van een bestuursorgaan. Aangezien de curator naar de heersende opvatting niet als zodanig kwalificeert, is deze verplichting niet op hem van toepassing.

Zoals ik aangaf, ligt ook hier een terrein voor het nieuwe VU-onderzoeksprogramma braak, omdat bestaande inzichten en gedachten inzake bestuursrechtelijke toetsing van besluitvorming en gedrag van exemplarische betekenis zouden kunnen zijn voor de optekening van toetsbare regels aangaande zorgvuldig beheer door curatoren.

## 7.2. Maatschappelijke onderneming

In het vernieuwde VU-onderzoeksprogramma “Publieke doelen-private belangen” wordt natuurlijk ook aandacht besteed aan het verschijnsel “maatschappelijke onderneming”. De regering heeft op 12 juli 2007 een Voorontwerp voor een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming gepresenteerd. Met een eigen wettelijke regeling worden de mogelijkheden van instellingen in de semi-publieke sector om slagvaardiger op te treden verruimd, zo is de gedachte van de regering. De rechtsvorm voor de m.o. moet dan ook aantrekkelijk zijn voor een breed palet aan instellingen zoals scholen, universiteiten, ziekenhuizen, zorginstellingen en woningcorporaties. Met het Voorontwerp wordt een mogelijke invulling gegeven aan het CDA/PvdA/CU-coalitieakkoord, waarin de ontwikkeling van een rechtsvorm voor instellingen in de semi-publieke sector was aangekondigd. De m.o. heeft volgens het voorstel naast een bestuur een raad van toezicht en een belanghebbendenvertegenwoordiging en het voorstel bevat talloze regels voor hun onderlinge verstandhouding.<sup>77</sup> Ik ga nu niet in op de discussie over de al dan niet wenselijkheid van de m.o., onlangs nog als een “monster zonder waarde” gebrandmerkt<sup>78</sup>, noch op haar verhouding tot de al bestaande rechtsvorm van de stichting, aan welke discussie inmiddels ook veel VU auteurs hebben bijgedragen.<sup>79</sup>

Volgens het Financieele Dagblad van vanochtend geeft het dossier “maatschappelijke onderneming” minister van Justitie Hirsch Ballin het meeste hoofdpijn.

Wat geschiedt indien een dergelijke m.o. failliet gaat of surseance aanvraagt? Het Voorontwerp kent alleen maar twee bepalingen over aansprakelijkheid van oprichters of bestuurders, waarbij de insolventietoestand een rol speelt (art. 307e lid 3 en art. 307n). In een derde bepaling (art. 307m lid 1 onder f) is het besluit van het bestuur tot het doen van “aangifte van faillissement en aanvraag van surséance

---

<sup>77</sup> Het bestuur vertegenwoordigt de m.o. en is belast met het besturen ervan. De raad van toezicht controleert en benoemt het bestuur en staat het bestuur met advies terzijde. Daarnaast zijn belangrijke bestuursbesluiten aan de goedkeuring van de raad van toezicht onderworpen. De belanghebbendenvertegenwoordiging heeft het recht advies te geven over een aantal wettelijk vastgelegde bestuursbesluiten en voorts over besluiten die daartoe in de statuten zijn aangewezen. Er kan een beroep op een geschillenregeling worden gedaan als het advies van de belanghebbendenvertegenwoordiging niet wordt opgevolgd of een besluit wordt genomen zonder de instemming van de belanghebbendenvertegenwoordiging terwijl dit wel is vereist.

<sup>78</sup> Jongsma, Monster zonder waarde: de maatschappelijke onderneming, NJB 2008, p. 217 e.v.

<sup>79</sup> Zie de bundel: Hoekstra (red.), Maatschappelijke ondernemingen, naar aanleiding van een congres gehouden op 7 juni 2007 t.g.v. het eerste lustrum van de masterrichting Fiscaal recht aan de Faculteit der Rechtgeleerdheid van de VU, Deventer: Kluwer 2007. Vergelijk voorts Boekholdt, Maatschappelijk ondernemen in de zorg: mythe en werkelijkheid, oratie VU Amsterdam, 2007; Zaman, Een Nieuwe Rechtsvormgeving, oratie Utrecht, 2007; Gerver, De stichting en de maatschappelijke onderneming, mede in rechts-vergelijkend perspectief, afscheidsrede UvA ([www.uitgeverijparis.nl/index.php?pagina=sub&dossier=gerver](http://www.uitgeverijparis.nl/index.php?pagina=sub&dossier=gerver)); het themanummer “De maatschappelijke onderneming”, in: Ondernemingsrecht 7 december 2007; Galle, De maatschappelijke onderneming als nieuwe rechtsvorm?, in: TvOB 2008-1, p. 21 e.v.

van betaling” aan de goedkeuring van de raad van toezicht onderworpen. Het Voorontwerp bevat echter geen enkele indicatie over de vraag of bijvoorbeeld de curator het “maatschappelijke” belang van de failliete m.o. in zijn beheers- of vereffeningstaak moet laten doorklinken, en zo ja hoe hij dit belang moet afwegen tegen andere belangen van maatschappelijk aard respectievelijk tegenover de belangen van individuele schuldeisers.

Wat nu? Ik citeer: “De vraag naar het “Wat nu” speelt ook op een ander vlak, namelijk de manier waarop maatschappelijke kwesties moeten worden aangepakt”<sup>80</sup>

Ik wijs erop dat de Nederlandse wetgeving een bijzondere regeling kent bij een deconfiture van een bank of een verzekeringsinstelling omdat bij deze typen van financiële ondernemingen de financiële problemen grote gevolgen kunnen hebben voor schuldeisers, in het bijzonder depositohouders dan wel verzekeringscrediteuren. Bij banken (kredietinstellingen) speelt daarnaast ook het belang van financiële stabiliteit van onze economie.<sup>81</sup> Deze waardering heeft geleid tot de zogenaamde noodregeling, thans opgenomen in art. 3:160 e.v. van de Wet op het financieel toezicht (Wft). Bij wege van analogie zou gewezen kunnen worden op het belang van continuïteit van een maatschappelijk onderneming die in ernstige financiële problemen geraakt. Zo lees ik in NRC Handelsblad van 16 november 2007 “Amsterdam Thuiszorg na verlies ‘technisch failliet’”. Het is duidelijk dat cliënten of patiënten bij de sluiting van een ziekenhuis of een zorginstelling in essentiële behoeften worden geraakt.

Met het oog op het Voorontwerp voor een maatschappelijke onderneming zou gedacht kunnen worden aan een regeling waarbij in het belang van de kring van belanghebbenden bij de afwikkeling van het bedrijf van de m.o. de rechtbank (van de vestigingsplaats van het gerechtshof van het ressort waarbinnen de schuldenaar zijn woonplaats heeft) op verzoek van de toezichthouder in de desbetreffende sector dan wel een andere agency een (aangepaste vorm van een) noodregeling kan uitspreken. Wellicht verdient het overweging een regeling op te nemen die een beperking kent ten aanzien van de regel dat in beginsel elke schuldeiser de insolventie van een schuldenaar kan verzoeken. Verdient het overweging om de bewindvoerders bij uitsluiting óók alle statutaire bevoegdheden van bestuurders te laten uitoefenen (vergelijk art. 3:175)? Blijven de bevoegdheden van de raad van toezicht onbeperkt van kracht gedurende een insolventie, en zo ja, is daar wel behoefte aan? Zou niet de vertegenwoordiging van belanghebbenden (patiënten, cliënten, studenten) de gelegenheid moeten worden gegeven op een gestructureerde wijze te overleggen met bewindvoerders (vergelijk art. 3:193 Wft)? Blijven ook hun adviesbevoegdheden overeind gedurende insolventie (art. 307o lid 4)? Ik werp hier alleen maar wat vragen op, want ook hier ligt een onderzoeksveld open.

### 7.3. Belangenweging bij reorganisatie

---

<sup>80</sup> Ontleend aan de oratie van J.P. Balkenende, Over verantwoordelijkheid en economie. Wat nu?, rede VU Amsterdam 1993, p. 1.

<sup>81</sup> Vergelijk de MvT voor opname van de noodregeling, zie Graaf / Stegeman, Wet op het financieel toezicht. Tekst & Toelichting, Deventer: Kluwer, 2007, p. 536.

Het in november 2007 ingediende Voorontwerp Insolventiewet bevat voor het thema van vanmiddag interessante gezichtspunten.<sup>82</sup> Ik moet, nu sprekende op persoonlijke titel, eerst even wat uitleggen. In navolging van bijvoorbeeld de Duitse insolventiewetgeving is in de tekst van het Voorontwerp het doel van de insolventieprocedure opgenomen. Artikel 1.1.2 (“Doel”) luidt: “Een insolventieprocedure strekt tot tegeldemaking van het vermogen van de schuldenaar en verdeling van de opbrengst onder de gezamenlijke schuldeisers of tot sanering van de schulden van de schuldenaar. Heeft de schuldenaar een onderneming, dan wordt deze zoveel als mogelijk behouden.” Evenals in de huidige Faillissementswet ligt aan het Voorontwerp, volgens de Toelichting, de gedachte ten grondslag dat in een insolventieprocedure het belang van de schuldeisers voorop dient te staan.<sup>83</sup> In de tweede zin schuilt een novum: “Heeft de schuldenaar een onderneming, dan wordt deze zoveel als mogelijk behouden”, hetgeen volgens de Toelichting betekent “voortgezet.” De Toelichting: “Dat het belang van de schuldeisers voorop wordt gesteld, houdt geen principiële keuze in voor liquidatie van het vermogen van de schuldenaar boven reorganisatie van de schuldenpositie van de schuldenaar. Waar dat vanuit economisch oogpunt mogelijk en wenselijk is, dient het insolventierecht ruimte te bieden voor reorganisatie.” Na een bondige weergave van de wijze waarop reorganisatie kan geschieden, wordt toegevoegd: “Een reorganisatie dient evenwel niet ten koste te gaan van de belangen van het collectief van de schuldeisers. Een reorganisatie is bezwaarlijk te rechtvaardigen indien daarbij de gezamenlijke schuldeisers in betekende mate minder ontvangen dan in geval van liquidatie.” Daarop wordt vervolgd: “Dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers voorop dient te staan, betekent evenmin dat geen rekening mag worden gehouden met andere belangen, zoals de belangen van de schuldenaar of belangen van maatschappelijke aard, zoals werkgelegenheid en milieu. Dergelijke belangen kunnen onder omstandigheden prevaleren boven het belang van bepaalde individuele schuldeisers. Zij gaan niet voor het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Dit is in overeenstemming met de geldende jurisprudentie van de Hoge Raad op dit punt”, waarna de Toelichting naar de eerder besproken drie arresten verwijst.

Bij reorganisatie wordt de belangenweging een andere. De filosofie is dat in de gevallen waarin reorganisatie van de onderneming van de schuldenaar vanuit economisch oogpunt mogelijk en wenselijk is reorganisatie van een onderneming of een deel daarvan mogelijk moet zijn, voor zover deze mogelijk en economisch verantwoord is “zonder nadeel van betekenis voor de gezamenlijke schuldeisers”, hetgeen waarschijnlijk het equivalent is van de eerdere toelichting dat het bezwaarlijk te rechtvaardigen is dat de gezamenlijke schuldeisers “in betekende mate” minder ontvangen dan in geval van liquidatie.

Voorop staat dat ondernemingscontinuïteit, anders dan in de huidige faillissementswetgeving, een zelfstandige factor van afweging is.<sup>84</sup> Er zijn echter vragen te over. Ik noem er nu slechts drie.

---

<sup>82</sup> Zie voor de tekst [www.bobwessels.nl](http://www.bobwessels.nl), onder weblog, 2007-11-doc2. Mijn weblog bevat verschillende publikaties over het Voorontwerp, onder meer een Engelse vertaling van Titel 10 van het Voorontwerp, gewijd aan Internationaal insolventierecht.

<sup>83</sup> Zie Gesch. Voorontwerp, p. 137 e.v.

<sup>84</sup> Sedert 1925 kent de Faillissementswet de mogelijkheid dat, indien ter verificatievergadering geen akkoord is aangeboden of indien het aangeboden akkoord is verworpen, de curator of een ter vergadering aanwezige schuldeiser voorstelt, dat het bedrijf van de schuldenaar zal worden voortgezet. De toen genomen wettelijke maatregelen (verruiming van de mogelijkheid tot het verlenen van surseance; introductie mogelijkheid tot bedrijfsvoortzetting gedurende de vereffening) waren “..... uitvloeisel van de omstandigheid dat, in strijd vaak met de belangen niet slechts van den schuldenaar, doch bovenal ook van



De eerste is die naar de rechtspolitieke rechtvaardiging van ondernemingsvoortzetting. De vraag is natuurlijk voorts hoe vast te stellen dat reorganisatie “vanuit economisch oogpunt mogelijk en wenselijk is” en of de bewindvoerder (de huidige faillissementscurator) daartoe voldoende geëquipeerd is.

De tweede is dat het Voorontwerp reorganisatie inderdaad gerealiseerd wil zien, ook indien zij ten detrimente van de belangen van schuldeisers gaat. Van hen mag wat worden afgesnoept, maar reorganisatie – zo is de gedachte – vindt alleen plaats “zonder nadeel van betekenis voor de gezamenlijke schuldeisers”, hetgeen waarschijnlijk het equivalent is van de eerdere toelichting dat het bezwaarlijk te rechtvaardigen is dat de gezamenlijke schuldeisers “in betekenende mate” minder ontvangen dan in geval van liquidatie.

De preliminaire vraag hier is of in deze benadering niet in het ongestoorde genot van de eigendom van schuldeisers wordt aangetast. Art. 1 (“Bescherming van eigendom”) van het Eerste Protocol bij het EVRM luidt:<sup>85</sup> “Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht. De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.”

Recent onderzoek kan hier uitkomst bieden. In Nederland krijgt bij toepassing van de schuldsaneringsregeling (de wsnp) de schuldenaar een schone lei. Dat betekent dat aan de schuldeiser de afdwingbaarheid van hun vorderingen bij wet wordt ontnomen. Noordam concludeert in zijn in deze zaal in november 2007 verdedigde dissertatie dat, mits aan bepaalde waarborgen is voldaan (maatregel dient het algemeen belang; procedurele waarborgen)<sup>86</sup>, Artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM niet wordt geschonden. Een zelfde conclusie trekt Reumers in haar dissertatie ten aanzien van de vorderingen die betrokken zijn bij de rijkste boedel in het geval dat deze met een arme(re) boedel wordt samengevoegd.<sup>87</sup>

Als deze horde genomen is komt vervolgens de kernvraag: hoe vast te stellen wat in geval van liquidatie zou zijn ontvangen. Welke waarderingsmethode dient te worden gevolgd? Waardevaststelling per welke peildatum? Onder welke

---

de schuldeischers, een faillissement, wanneer dit is overgegaan in insolventie, steeds leidt tot een spoedige en algeheele slooping van de zaak of onderneming van den gefailleerde; eene meer geleidelijke liquidatie zoude in menig geval aanzienlijk grootere baten kunnen opleveren, aldus de MvT bij Kortmann/Faber, Wetswijzigingen (1925), p. 287 e.v. De Minister meende “dat de wet moet rekening houden met de mogelijkheid, dat die vereffening somtijds het best geschiedt, doordien voorshands het bedrijf wordt voortgezet”. Vòòr die tijd erkende HR 21 maart 1924, NJ 1924, p. 520 e.v.; W 11 221, nt. Mff, dat de regel dat de curator onmiddellijk tot vereffening overgaat genuanceerd moet worden indien het belang van de schuldeisers met zich brengt de inning van toekomstige baten, waarop serieus uitzicht bestaat, af te wachten. De wettelijke voorziening inzake bedrijfsvoortzetting is in het stelsel van de Faillissementswet een uitzondering op de hoofdregel van onmiddellijke vereffening en richt zich primair op het verkrijgen van een maximale opbrengst ten gunste van de schuldeisers.

<sup>85</sup> Protocol Nr. 1 bij het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele

Vrijheden, Parijs, 20 maart 1952.

<sup>86</sup> Noordam, Schuldsanering en goede trouw, diss. VU Amsterdam, 2007, p. 555, onder verwijzing naar EHRM 20 juli 2004, NJ 2005, 479, oordelend over de Finse schuldsaneringswetgeving.

<sup>87</sup> Reumers, a.w. (2007), p. 196.

marktomstandigheden? Hoe deze uitkomst te vergelijken met welke van de diverse verschillende methoden om de going concern waarde van een onderneming te bepalen?<sup>88</sup> Moet bij deze waarderingsmethode een zelfde peildatum worden aangehouden? Ook hier weer vragen te over.

Gesteld nu dat de liquidatiewaarde op 1000 en de going concern waarde op 950 uitkomt, ontvangen de schuldeisers dan “in betekenende mate” minder? Zou het niet ten behoeve van de werkbaarheid voor de praktijk en van de toetsbaarheid van het rechterlijk oordeel in cassatie, voorkeur verdienen om de met een reorganisatie mogelijk gepaard gaande mate van aantasting van de belangen van schuldeiser in een percentage uit te drukken? Stel dat dit percentage op 5 % zou worden vastgesteld, dan zou dit alsdus kunnen worden uitgedrukt dat een reorganisatie wordt vermoed niet de belangen van schuldeisers in betekenende mate aan te tasten indien het verschil tussen de liquidatiewaarde en de going concern waarde 5 % of minder is. Een dergelijk wettelijk vermoeden zou dan door één of meer schuldeisers kunnen worden weerlegd. Bij het opnemen van een dergelijke bewijsregel is het gerechtvaardigd een regel op te nemen die de rechter de mogelijkheid biedt een vergoeding (in de vorm van een boedelvordering) toe te kennen indien de reorganisatie jegens één of meer schuldeisers ernstige stoffelijke schade toebrengt.<sup>89</sup> Aandacht zou ook nog kunnen worden gegeven aan een regeling waarbij de vorderingen van alle schuldeisers al dan niet van wetswege worden omgezet in aandelenkapitaal.<sup>90</sup>

## 8. Regulering van de belangenstrijd in het insolventierecht

The Cat only grinned when it saw Alice.... “Cheshire-Puss,.....Would you tell me, please, which way I ought to go from here?”

“That depends a good deal on where you want to get to”, said the Cat”

[Lewis Carroll, Alice in Wonderland]

Ik heb betoogd dat de curator zeer waarschijnlijk als bestuursorgaan kan worden beschouwd, maar dat ook zonder deze hoedanigheid behoefte bestaat aan een duidelijker raamwerk voor het nemen en beoordelen van zijn beslissingen.

Ik heb ook aangegeven dat de voorontwerp-gever bij de maatschappelijke onderneming het lelijk laat afweten. De curator ontbeert hier elk kompas.

Tenslotte de verhouding tussen het vermogensrecht en het insolventierecht. Het Voorontwerp Insolventiewet kiest ten aanzien van het thema van de verhouding tussen de verschillende belangen dezelfde benadering als in de huidige Faillissementswet. De taak van de bewindvoerder (de term vervangt de huidige benaming curator) wordt in art. 4.2.1 kernachtig aangeduid, terwijl op twee plaatsen in de toelichting wordt aangegeven dat bij zijn werkzaamheden het belang van de gezamenlijke schuldeisers voorop dient te staan, maar dat dit niet betekent dat geen rekening mag worden gehouden met andere belangen, zoals de belangen van de schuldenaar of belangen van maatschappelijke aard,

---

<sup>88</sup> Zoals de market comparison approach, comparable action approach en de discounted cashflow approach, vergelijk O’Rourke, Valuation Uncertainty in Chapter 11 Reorganizations, in: Columbia Business Law Review 2005, p. 403 e.v.

<sup>89</sup> Zowel de 5 % als het begrip “ernstige stoffelijke schade” zijn elementen die voorkomen in de uitkoopregeling minderheidsaandeelhouders ex art. 2:92a/201a BW.

<sup>90</sup> Vergelijk Schaink, Surséance als vehikel voor debt-for-equity swaps, in: Ondernemingsrecht 2003-5, p. 173 e.v. Zie de interessante voorstellen van Westpfahl en Janjuah, Zur Modernisierung des deutschen Sanierungsrechts, Beilage zu ZIP 3/2008, p. 13 e.v.

zoals werkgelegenheid en milieu. Dat milieu-punt is vergeleken met de huidige rechtspraak nieuw, maar ik laat het nu rusten.

De toepasselijke regels en de daaraan te hechten betekenis worden over wettekst en toelichting verspreid. Is dit wenselijk?

Vastleggen in wet- of regelgeving heeft het voordeel dat op voorhand meer duidelijkheid bestaat over de vraag welke normen en regels van toepassing zijn. Ik heb niet de illusie dat alles in woorden kan worden gevangen. Het onbeschreven recht ex art. 3:12 BW dient tot leven te worden gebracht. De curator zoekt en motiveert, evenals de rechter. De benadering dat reorganisatie bezwaarlijk is te rechtvaardigen indien daarbij de gezamenlijke schuldeisers in betekenende mate minder ontvangen dan in geval van liquidatie lijkt een toepassing te zijn van het misbruik van bevoegdheid criterium van art. 3:13 BW. Het zal dan mogelijk zijn ook bij dat leerstuk uit het vermogensrecht aan te sluiten.<sup>91</sup> In hun contouren worden centrale ankerpunten van het vermogensrecht in het (mogelijk toekomstige) insolventierecht ingebed. Dat is een verdedigbare keuze.

Ik zou echter de Commissie Insolventierecht in overweging willen geven daar waar het in art. 3:12 BW bedoelde “maatschappelijke” (of algemene dan wel openbare) belang de bewindvoerder tot een specifieke afweging of handeling noopt, deze zo veel mogelijk in de tekst van de wet zelf op te nemen. De wetgever zou de bewindvoerder hier een steun in de rug moeten geven in zijn toch al lastige keuzeprocessen in de belangenstrijd die zich bij menige insolventie voordoet.<sup>92</sup> Daarnaast verdient het aanbeveling de bescherming tegen de mogelijk bescheiden aantasting van het belang van schuldeisers indien een reorganisatie wordt ingezet (al dan niet gevangen in een percentage) in de tekst van het Voorontwerp zelf te formuleren. Veel insolventierecht is praktijkrecht en de praktijk zoekt ondubbelzinnig houvast in de vorm van bakens voor behoorlijk bestuur door bewindvoerders, óók al kan het resultaat vaak volgen uit het meer elastische vermogensrecht.

Nog geen vijftien jaar geleden schreef Vranken in zijn Algemeen Deel over “het sterk verouderde faillissementsrecht”, zijnde “een terrein dat nauwelijks in beweging is en waarop vrijwel geen recente literatuur voor handen is....”.<sup>93</sup> Voorzover die observatie toen al juist was, zowel die beweging als die literatuur is er gekomen. De grotere ontvankelijkheid voor maatschappelijke desiderata, die zich in het burgerlijk recht in de laatste helft van de vorige eeuw

---

<sup>91</sup> De aanduiding “in betekenende mate” is, wie de toepassing van milieunormen in de praktijk overziet, minder gelukkig gekozen. Zie: Gevoeligheidsanalyse “Niet in betekenende mate”. Verkenning van de effecten van mogelijke keuzes voor “niet in betekenende mate”bijdragen aan verslechtering van luchtkwaliteit. Eindrapportage DHV-TNO, Ministerie VROM, april 2006. Wellicht is beoogd aan te haken (met een accentverschil?) op hetgeen uit art. 3:13 BW voortvloeit, vergelijk de hiervoor geciteerde toelichting op art. 7.2.3 lid 4 Voorontwerp ten aanzien van mogelijke voorzieningen waarbij de belangen van andere belanghebbenden “onevenredig zouden worden geschaad”.

<sup>92</sup> In het Voorontwerp wordt rechtsgrond voor de fraudemeldingsplicht van art. 4.2.14 gezocht in de bewindvoerder’s “eigen verantwoordelijkheid bij de bestrijding van zogenoemde faillissementsfraude”, en kennelijk dus tot zijn taak behorende, terwijl elders zij kennelijk als een zelfstandige verplichting wordt beschouwd: “Met het oog op de bestrijding van faillissementsfraude wordt aan de bewindvoerder de verplichting opgelegd”. Zie mijn eerder genoemde nog te verschijnen bijdrage.

<sup>93</sup> Asser-Vranken, Algemeen Deel (1995), nrs. 243 resp. 238.

heeft voltrokken, krijgt thans gradueel gestalte in het insolventierecht.<sup>94</sup> Voor veel insolventierecht geldt: “The future is only the past again, entered through another gate”.<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> De redelijkheid en billijkheid is de laatste twee decennia een telkens belangrijkere rol in het goederenrecht gaan vormen, vergelijk Fesevur, NTBR 2008/2, p. 108 e.v. en de daar vermelde literatuur.

<sup>95</sup> Arthur Wing Pinero, *The Second Mrs. Tanqueray*, 1893, act. 4.

## Besluit

Aan het einde van mijn rede gekomen wil ik graag van de gelegenheid dat ik het woord heb gebruik maken om het College van Bestuur en de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit te danken voor de ruimte die mij is geboden om mijn werkzaamheden te verrichten.

Mijn band met de VU bestaat al sinds 1970, toen ik dit gebouw, dat toen net was opgeleverd, als jonge student binnenliep. Minister-president is Piet de Jong, de Beatles staan 1 in de top 10 met Let it be. De sociologe Hilda Verwey-Jonker introduceert voor langduriger verblijvende gastarbeiders de term “allochtoon”. Ik kan mijn voor 100 gulden gekochte Opel Kaptain langs de kant van de weg op de De Boelelaan parkeren. Joop den Uijl wordt pas over drie jaar minister-president, reden waarom in mijn derde jaar opeens professor de Gaaij Fortman (de oude Gaaij) vertrekt om minister van Binnenlandse Zaken te worden. Er is geen Amsterdam Zuid Law Street, laat staan een station of een sneltram. Het is allemaal zandvlakte en weiland.

Met uitzondering van een uitstapje van drie jaar als bedrijfsjurist, ben ik ruim 37 jaar aan deze faculteit verbonden geweest, ruim vier jaar als student, twee jaar als deeltijd student notariaat, tien jaar als medewerker en de laatste twintig jaar als hoogleraar, waarvan de laatste tien jaar slechts voor een gering deel van mijn werktijd. Deze week is het inderdaad 20 jaar geleden dat ik mijn proefschrift op deze plaats verdedigde. Promotor Schut maakte bij de laudatio bekend dat ik de week erop tot hoogleraar zou worden benoemd. Dat was een mooi moment. Daarnaast was ik zowel adviserend als bestuurlijk werkzaam in de (internationale) adviespraktijk, waar ik veel praktijkervaring heb kunnen opdoen. Sedert 2005 heb ik mijn eigen praktijk vanuit het prachtige Dordrecht.

U begrijpt dat veel is veranderd. De VU is nu het hart van het financieel-commerciële centrum van Amsterdam. Het hoofdgebouw is aardig gepimpt, de medewerkers worden telkens jonger, de studenten, van wie er velen een multiculturele achtergrond hebben, studeren harder en doelgerichter dan in de jaren 70.

Ik ben een VU-veteran. Als mij de vraag werd gesteld of ik niet eens van universiteit moest verkassen was mijn antwoord dat juist deze relatief kleine faculteit je in staat stelt om in alle geledingen van het onderwijs activiteiten te vervullen: werkgroepenonderwijs in het eerste jaar, héél vormend voor een jonge jurist, doctoraal- en later in bachelor- en masteronderwijs in een brede variëteit aan onderwerpen, alsmede veel post-academisch onderwijs. Ook het Engelstalig LL.M onderwijs International Insolvency Law, dat ik sinds 2001 geef, geeft veel voldoening en ik dank de decaan voor haar uitnodiging dit vak alhier te continueren. Daarnaast was er alle ruimte om onderzoek te doen en te publiceren en jonge promovendi te begeleiden. Het is ook die combinatie van praktijk, onderwijs en een stimulerende onderzoeksrelatie die met promovendi bestond, die het werken als hoogleraar tot zo’n genoegen maken.

Dat ik hier met veel voldoening mijn leerstoel heb bezet is natuurlijk niet mogelijk zonder de steun en de belangstelling van een grote groep aan collega’s die in deze periode hier hebben gewerkt of nog werken. Ik dank hen allen en hoop met velen van u zo ook het glas te kunnen heffen.

U weet dat ik op een door velen als klein beschouwd vakgebied (internationaal insolventierecht) aan de Leidse universiteit voor een dag in de week mijn werkzaamheden voortzet. Op dat werkterrein vinden enorme veranderingen plaats. Maar daarover zal ik nu zwijgen.

Mijnheer de Rector Magnificus,  
Geachte toehoorders,  
Ik dank u voor uw belangstelling en uw aandacht.  
Ik heb gezegd.